

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE**

GEOVANI CORDEIRO COSTA

Rio de Janeiro
2019 / 2º semestre

GEOVANI CORDEIRO COSTA

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes**.

Rio de Janeiro

2019 / 2º semestre

CIP - Catalogação na Publicação

C837a Costa, Geovani Cordeiro
A ação civil pública como instrumento de controle judicial de políticas públicas no âmbito da saúde / Geovani Cordeiro Costa. -- Rio de Janeiro, 2019.
86 f.

Orientador: Emiliano Rodrigues Brunet Depolli
Paes.

Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Ação civil pública. 2. Direito à saúde. 3. Políticas Públicas. 4. Controle judicial. 5. Litígios complexos. I. Paes, Emiliano Rodrigues Brunet Depolli, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

GEOVANI CORDEIRO COSTA

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE JUDICIAL DE
POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO DA SAÚDE**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Emiliano Rodrigues Brunet Depolli Paes**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

_____ **Orientador**

_____ **Co-orientador (Opcional)**

_____ **Membro da Banca**

_____ **Membro da Banca**

Rio de Janeiro
2019 / 2º semestre

AGRADECIMENTOS

A este ponto, tenho muito a agradecer. A Deus, por ter me guiado até aqui. A toda a minha família, que mesmo longe sempre esteve torcendo por mim, e por isso fazem parte dessa conquista. Em especial, a minha mãe, mulher guerreira, que acreditou (e continua acreditando) no meu potencial, e é quem me motiva a ir atrás dos meus objetivos. E, como não poderia deixar passar, a meu ilustre orientador, Dr. Emiliano Brunet, por suas valiosas lições que contribuíram decisivamente para a construção deste trabalho.

Nenhum homem é uma ilha, isolado em si mesmo; cada ser humano é uma parte do continente, uma parte de um todo. Se um torrão de terra for levado pelas águas até o mar, a Europa ficará diminuída, como se fosse um promontório, como se fosse o solar de teus amigos ou o teu próprio; a morte de qualquer homem me diminui, porque sou parte do gênero humano. E por isso não pergunte por quem os sinos dobram; eles dobram por ti.

John Donne

In: Meditações – XVII (1623)

RESUMO

Considerando a crescente judicialização da saúde, o presente trabalho tem por objeto a análise da ação civil pública como instrumento de controle judicial de políticas públicas neste âmbito. Observa-se, assim, a organização jurídico-institucional das políticas de acesso à saúde no Brasil; os fatores determinantes de sua judicialização e os limites e possibilidades de intervenção judicial. Para tanto, tem como base a literatura especializada e a jurisprudência brasileira. Desse modo, verifica-se que o controle judicial da saúde demanda uma abordagem que atenda ao coletivo, para que, assim, corresponda à complexidade do Sistema Único de Saúde. O que impõe a constatação de que a ação civil pública representa um bom campo para a gestão de litígios complexos em demandas que impõem um dever de atuação do poder público, de modo a conferir efetividade ao direito à saúde.

Palavras-chave: Ação civil pública. Direito à saúde. Políticas Públicas. Controle judicial. Litígios complexos.

ABSTRACT

Considering the increasing judicialization of health, the present work as its object the analysis of public civil action as an instrument for judicial control of public policies in this area. Thus, the legal-institutional organization of health access policies in Brazil is observed; the determining factors of its judicialization and the limits and possibilities of judicial intervention. To this end, it is based on specialized literature and Brazilian jurisprudence. Thus, it appears that the judicial control of health demands an approach that meets the collective, so that it corresponds to the complexity of the Unified Health System. This requires the realization that public civil action represents a good field for the management of complex disputes in demands that impose a duty of the government to act in order to give effectiveness to the right to health.

Keywords: Public civil action. Right to health. Public policies. Judicial control. Complex litigation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	3
2.1	A evolução histórica dos direitos fundamentais à luz dos paradigmas do Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático de Direito.....	3
2.2	A garantia do direito fundamental à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	7
2.3	O Sistema Único de Saúde – SUS: contornos jurídicos referentes a sua estrutura, organização e operacionalização	10
2.4	A questão específica das políticas de assistência farmacêutica e terapêutica no Sistema Único de Saúde	16
3	O CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS NO ÂMBITO SAÚDE	22
3.1	Um panorama sobre a judicialização da saúde no Brasil.....	22
3.2	O processo de judicialização da política e sua influência sobre o controle judicial de políticas públicas	25
3.3	Os argumentos de cautela com a intervenção do Judiciário em políticas públicas e suas possíveis respostas.....	31
4	A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	44
4.1	Os direitos transindividuais como objeto da ação civil pública	46
4.2	Algumas considerações sobre a ação civil pública e seu regime jurídico	50
4.3	A ação civil pública e as decisões estruturais sobre litígios complexos: reflexões sobre a necessidade de uma nova abordagem jurídico-institucional no controle judicial de políticas públicas de saúde.....	55
5	CONCLUSÃO	66
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1 INTRODUÇÃO

A saúde é um dos bens mais valiosos para a vida humana. Afinal, é uma condição que, de forma multifacetada, reflete sobre seus diversos aspectos, desde o âmbito mais subjetivo - projetos pessoais, vínculos familiares e afetivos – ao coletivo - relações de trabalho, consumo e fatores determinantes para o desenvolvimento humano.

Diante de tal importância, é concebida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, como um “direito de todos e dever do Estado”.¹ Esse artigo, além de estabelecer como um direito universal, a reconhece como digna de atenção pelo poder público, que tem o dever de prover os mecanismos para a sua efetivação, mediante a implementação de políticas públicas.

Ocorre que tais ações, por vezes, não são executadas de maneira efetiva, devido a uma séria ineficiência dos órgãos públicos encarregados pelo seu cumprimento, o que acaba por desencadear a chamada judicialização da saúde. Esta, por sua vez, pode ser compreendida como um movimento de transferência de demandas que seriam de atribuição originária do Executivo ou Legislativo para o âmbito do Judiciário.

Nesse sentido, nasce um problema de ordem sistêmica, na medida em que uma grande quantidade de ações - muitas vezes versando sobre casos de vida ou morte - chegam a apreciação do Judiciário. A este ponto, tornam-se recorrentes pedidos para o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de alto custo, gerando, assim, uma desigualdade no acesso às ações e serviços prestados pelo SUS.

Com isso, são priorizadas soluções imediatas para questões mais complexas e que, a um só momento, promovem efeitos negativos sobre o planejamento das políticas já estabelecidas, além de onerarem a administração pública, que se vê obrigada a dispendar recursos consideráveis para o cumprimento dessas decisões.

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. D.O.U de 5.10.1988. Planalto, online. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 de out. 2019.

Diante desse quadro, são travados inúmeros debates na doutrina e na jurisprudência acerca dos limites da intervenção judicial sobre as ações dos demais poderes, mormente o poder Executivo, que é o responsável direto pela execução das políticas públicas.

Portanto, um dos pontos que esse trabalho se propõe a discutir é sobre os limites e possibilidades desse controle judicial, sem que isso afete negativamente o âmbito das atribuições democráticas dos demais poderes, ou deturpe o quadro das políticas formuladas e executadas no sistema público de saúde, considerado um âmbito de proteção coletiva.

Não obstante, tem como objetivo final o estudo da ação civil pública, regida pela lei nº 7.347/1985, especialmente no que se refere ao seu manejo como instrumento de provocação do poder Judiciário com vistas à implementação de políticas públicas no âmbito da saúde.

Por fim, considerando uma nova vertente do tema, busca-se entender como tem se dado o uso dessa ação coletiva em casos que tratam de litígios complexos ou estruturais, assim denominados por envolverem múltiplos polos de interesse sobre a mesma causa, tendo por escopo a efetiva garantia dos direitos coletivos e a eficácia dos direitos fundamentais.

2 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Tendo como ponto de partida a evolução dos direitos fundamentais e dos diferentes paradigmas de Estado que resultaram no modelo constitucional contemporâneo, se mostra essencial a realização de uma breve abordagem histórica, de modo a propiciar uma melhor compreensão do sistema de proteção aos direitos e garantias individuais e coletivos em nosso ordenamento.

Neste intuito, não se pretende exaurir a vasta literatura atinente ao tópico, cabendo apenas pontuar os conceitos mais abordados pela doutrina constitucional, e que guardam relação direta com o tema que se põe à discussão.

2.1 A evolução histórica dos direitos fundamentais à luz dos paradigmas do Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático de Direito

Dentre as primeiras reflexões concernentes ao vínculo entre indivíduo e Estado se situa o Estado de Direito, conceito relativamente aberto, na medida em que seus contornos podem variar no tempo e no espaço, de acordo com as diferentes concepções de Estado e de Constituição.² Não obstante, está primordialmente ligado a ideia de “limitação do poder e supremacia da lei”, definição esta que se alinha ao próprio conceito de Constitucionalismo.³

Sua origem remonta a um contexto de derrocada do sistema feudal e aristocrático, em paralelo a ascensão do Estado moderno, tendo como paradigma as revoluções burguesas do século XVIII, notadamente a Revolução Francesa de 1789, que pautada pelos ideais iluministas de “liberdade, igualdade e fraternidade”, ocasionou a queda da Bastilha e, consequentemente, da monarquia absolutista.⁴

Com o escopo de garantir as liberdades individuais decorrentes da natureza humana, foram reivindicados direitos de caráter negativo, mediante a abstenção ou não intervenção do

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1992, p. 354.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 27.

⁴ Ibid., p. 47-48.

Estado, a fim de que os próprios indivíduos pudessem se regular na esfera social⁵. São estes os chamados direitos de primeira dimensão ou geração, dentre os quais figuram o direito à vida, à liberdade religiosa, à igualdade (formal), ao livre comércio, à liberdade e à propriedade; acrescidos, em um segundo momento histórico, de direitos civis e políticos, tais como a liberdade de expressão (liberdades de imprensa, de manifestação, de associação, entre outras) e de participação na esfera política, como o direito ao voto.⁶

Mais adiante, com a consolidação do Estado liberal, a classe burguesa obteve grande avanço econômico e poder político. A partir da evolução científica da época, foram construídas as primeiras fábricas, financiadas pelas elites detentoras do capital, dando-se o pontapé inicial para a ocorrência das revoluções industriais do século XIX.

A partir de então, nasce uma nova classe subalterna advinda das fábricas urbanas, que diante das mazelas sociais criadas pelo individualismo liberal e pela exploração desumana do capital, passam a exigir não só a garantia de direitos e igualdades meramente formais, mas a concretização desses direitos também no plano material, por meio da atuação intervencionista do Estado com vistas a realização de um ideal de justiça social.

Sobre este momento histórico, Sonia Fleury e Assis Ouverney afirmam que os movimentos sociais deflagrados por trabalhadores fabris e sindicalistas, à época, evidenciaram o anseio dessas classes por ações coletivas que fossem capazes de dar efetividade prática a uma cidadania inexistente, conferindo-lhes um sentimento de inserção no âmbito da construção dos estados nacionais recém-formados.⁷

Assim, como resultado direto das experiências políticas que sucederam o primeiro pós-guerra, torna-se inevitável o surgimento de novos modelos constitucionais com o condão de preservar os princípios do Estado de Direito e, ao mesmo tempo, os adequar às condições sociais do Século XX. A partir desse contexto, surge o Estado social, que se configurou originariamente na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, na

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 46-47.

⁶ Ibid., loc. cit.

⁷ FLEURY, Sonia; OUVERNEY, Assis. Política de saúde: uma política social. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 42.

Alemanha, embora tenha sido a revolução soviética quem tenha dado início à mudança de paradigma.⁸

A despeito das variações de seu conteúdo, sua principal característica reside na relevância das prestações do Estado como meio de garantia das condições de subsistência dos indivíduos, evidenciando um “processo conjunto de estadualização da sociedade e de socialização do Estado”.⁹ Portanto, conformam-se a esse momento histórico os direitos de segunda dimensão, correspondentes aos direitos sociais, culturais e econômicos, tais como assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros.¹⁰

Sobre o papel ativo desempenhado pelo Estado neste contexto, Paulo Bonavides atribui a assimilação da necessidade de se fixarem garantias institucionais para a materialização dos direitos fundamentais proclamados, que, por essência, dependem de uma lógica de proteção coletiva.¹¹ Sob esse ponto de vista, as políticas públicas assumem grande relevância, na medida em que se mostram como o principal instrumento de planejamento das ações governamentais com vistas a efetivação dos direitos fundamentais positivados na Constituição.

Não obstante, os direitos de segunda dimensão previstos pelo modelo de Estado social, ou *welfare state*, inicialmente vieram a ser inscritos na esfera programática do Estado, em razão de diversos fatores econômicos e sociais que dificultaram a efetivação de tais direitos. Assim, necessário seria a disposição de instrumentos processuais aptos a dar concretude ao texto constitucional, o que de fato veio a ocorrer no Brasil com o advento da Constituição de 1988, que dotou os direitos fundamentais de autonomia, dada a sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, CRFB).¹²

Avançando na teoria dos direitos fundamentais, temos os chamados direitos de terceira dimensão, incluídos em um contexto de relações sociais complexas, de modo que buscam fundamento nos ideais de fraternidade, humanidade e universalidade. Segundo as lições de

⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 179-180.

⁹ Ibid., p. 184-188.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 48.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 565.

¹² Ibid., p. 564-565.

Bonavides, são direitos que não se referem apenas à coletividade em sentido estrito, mas se destinam ao próprio gênero humano. Nesse sentido, se inserem em sua esfera de proteção “temas referentes ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade”.¹³

Não obstante, Bonavides defende ainda uma quarta dimensão de direitos fundamentais, uma vez consideradas as influências políticas exercidas a nível internacional, no âmbito de um institucionalismo global marcado por políticas externas que agem sobre aspectos socioeconômicos e políticos das nações. Segundo o autor, “correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social”, dentre os quais se inserem “o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”.¹⁴

Contemporaneamente, como fruto da relação entre constitucionalismo e democracia, exsurge a ideia do Estado Democrático de Direito como elemento sintetizante de ambos os conceitos. Vem, pois, estabelecer o princípio democrático como seu elemento constitutivo, na medida em que passa a incorporar em seu texto “as conquistas democráticas, as garantias legais e a preocupação social”.¹⁵

Portanto, tem-se que o Estado Democrático de Direito assume algumas funções vitais, como a manutenção de consensos mínimos estabelecidos em um regime democrático, a fim de dar segurança jurídica ao ordenamento; a garantia de direitos fundamentais como expressão da dignidade humana; e a atribuição de representatividade e legitimidade ao poderes constituídos.¹⁶

Estabelecido, assim, as principais concepções teóricas acerca do Estado de Direito e seus diferentes conteúdos, em paralelo a evolução histórica dos direitos fundamentais, passa-se a dispor sobre o contorno constitucional dado ao direito à saúde na Constituição de 1988 e legislação infraconstitucional correlata.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 569.

¹⁴ Ibid., p. 571.

¹⁵ STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. Comentário ao artigo 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 231.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 112.

2.2 A garantia do direito fundamental à saúde na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O direito à saúde, contemplado pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 6º, pertencente ao Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”), representa uma grande conquista da sociedade brasileira, pois pela primeira vez, em todo o nosso passado constitucional, alcançou o *status* de direito fundamental. Não obstante, sua garantia se deu mediante uma intensa mobilização social, tendo como referência o movimento pela Reforma Sanitária no Brasil e a sua influência sobre os debates promovidos no seio da Assembleia Nacional Constituinte.

Conforme exposto por Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, anteriormente a Constituição de 1988 o direito à saúde era abordado de forma pulverizada no ordenamento jurídico pátrio, sendo, por vezes, atribuído a conceitos restritos, como o de “socorros públicos” - cunhado na Constituição do Império de 1824 (art. 179, XXXI) - e de “direito à subsistência” - previsto na Constituição de 1934, em seu art. 113, *caput* -, ou regulado indiretamente por meio da repartição de competências entre os entes federados.¹⁷

Fato é que o direito à saúde como hoje conhecemos foi fruto de um movimento de constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais, que sob a égide do Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CRFB/88), assumem um papel central na ordem jurídica brasileira, estando intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CRFB/88) e ao direito à vida.

Sob esses contornos constitucionais, a saúde passa a comportar uma dupla fundamentalidade: formal e material. A material trata da “relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional”, que se confirma pela sua essencialidade para a proteção do direito à vida e ao pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a formal decorre da sua própria positivação no texto constitucional.¹⁸

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri et al. (org.). **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2. ed. vol. 1, 2014, p. 112.

¹⁸ Ibid., p. 113-114.

Não obstante, a fundamentalidade formal pode se desdobrar ainda em três elementos: o primeiro se refere ao nível hierárquico da norma, na medida em que os direitos fundamentais possuem *status* privilegiado no ordenamento jurídico; o segundo diz respeito à rigidez da Constituição e a dificuldade de alteração do seu texto (art. 60, § 2º, da CRFB/88), especialmente pela existência de cláusulas pétreas (art. 60, § 4º da CRFB/88); o terceiro, por sua vez, reflete em sua aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CRFB/88), consubstanciando a normatividade dos princípios constitucionais e a eficácia normativa dos direitos fundamentais.¹⁹

Além disso, assim como os demais direitos fundamentais, o direito à saúde compreende uma dimensão subjetiva e objetiva. A subjetiva é concernente a sua exigibilidade, e comporta tanto os direitos de prestação como os de defesa, que podem se desdobrar ainda em prestações em sentido lato (referentes a sua racionalização), ou em sentido estrito (quando postos em prática). A negativa, por outro lado, visa proteger direito próprio contra ingerências indevidas de terceiros, seja este o Estado, entes jurídicos privados ou demais indivíduos.²⁰

A dimensão objetiva, por sua vez, comporta diferentes efeitos, dentre os quais: a eficácia irradiante dos princípios fundamentais, uma vez que passam a repercutir em todo o ordenamento jurídico; a eficácia entre particulares, também denominada de eficácia horizontal, dada entre indivíduos; o reconhecimento de um dever geral de proteção; e as garantias institucionais, tendo por escopo resguardar a proteção do núcleo essencial do direito face a eventuais supressões ou restrições abusivas por parte do legislador.²¹

Ademais, é inerente a dimensão objetiva dos direitos fundamentais a sua relevância material, como superação de uma lógica jurídico-subjetiva e individualista. Em plena consonância, está o art. 196 da CRFB/88, ao dispor que:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri et al. (Org.). **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2. ed. vol. 1, 2014, p. 113-114.

²⁰ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde: Leis 8.080/1990 e 8.142/1990, arts. 6º e 196 a 200 da Constituição Federal**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 34-36.

²¹ Ibid., p. 39-41.

ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.²²

Esse artigo representa um importante marco do direito à saúde no Brasil, pois o prevê em um duplo aspecto: como direito e dever. Como direito subjetivo de caráter público, garante-se o acesso universal aos serviços e bens de saúde à toda a população, de maneira difusa. Como dever, estipula a responsabilidade do Estado pela implementação de políticas públicas voltadas à sua efetivação.²³ Além disso, passa a adotar, ainda que implicitamente, um conceito ampliado de saúde, como adstrita a um conjunto de condições sociais, e não à mera ausência de doenças.²⁴

No que se refere a responsabilidade do Estado pelas ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, a Constituição de 1988 vem afirmar um vínculo de solidariedade entre os três entes federativos, a partir de uma interpretação conjunta dos artigos: 196; 23, inciso II; 30, inciso VII; e, no que tange às competências legislativas: o art. 24, inciso XII; o art. 30, incisos I e II e seus parágrafos 1º ao 4º, todos da CRFB/88.

Outrossim, traz algumas diretrizes pelas quais as ações e serviços públicos de saúde se nortearão. Logo mais, essas diretrizes viriam a ser estabelecidas como princípios do SUS, por meio da Lei nº 8.080/90, que será abordada mais adiante. Trata-se, portanto, dos princípios da universalidade e da igualdade, contidos no supracitado art. 196 da CRFB. E no caso específico do art. 198 da CRFB, os princípios estruturantes do SUS, conforme se extrai do texto constitucional:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade. (...).²⁵

²² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. D.O.U de 5.10.1988. Planalto, online. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 de out. 2019.

²³ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde: Leis 8.080/1990 e 8.142/1990, arts. 6º e 196 a 200 da Constituição Federal**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 46-47.

²⁴ LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de saúde: origens componentes e dinâmica. In: GIOVANELLA, Lígia et al (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 179.

²⁵ BRASIL, op. cit.

Tais princípios serão melhor explicitados no próximo tópico, valendo aqui apenas ressaltar que o rol do referido artigo não é taxativo, pois, conforme as lições de Mariana Figueiredo, deve ser “interpretado como um conteúdo mínimo a ser observado na organização dos serviços e ações de saúde, especialmente quanto ao exercício das competências legislativas e administrativas pelos diferentes entes públicos envolvidos”.²⁶

Não obstante, da leitura do art. 200 da CRFB/88 evidencia-se o caráter intersetorial do direito à saúde, que envolve a formulação de políticas públicas a partir de determinados fatores condicionantes, como condições socioeconômicas e ambientais, que implicam na percepção da saúde pela população.

2.3 O Sistema Único de Saúde – SUS: contornos jurídicos referentes a sua estrutura, organização e operacionalização

Inicialmente, cumpre expor um breve histórico a respeito do modelo jurídico-institucional das políticas de acesso à saúde no Brasil antes da criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela CRFB/88, de modo a evidenciar seus principais marcos.

Pois bem. Remontando a nossa história recente, mais especialmente ao período do regime militar, verifica-se a existência de um modelo de assistência à saúde marcado por uma lógica altamente burocrática, ora vinculado ao regime da previdência social. Como bem assevera Viana e Baptista, se tratava de um sistema sobretudo excludente, pois limitava o acesso aos serviços públicos de saúde para os trabalhadores com vínculo formal de emprego.²⁷

Nesse sentido, voltando um pouco ao início desse sistema previdenciário de saúde, tem-se como primeiro marco legal as CAP's (Caixas de Aposentadorias e Pensões), criadas em 1923 por meio da Lei Eloy Chaves. Essa lei instituiu uma espécie de seguro social, compreendendo aposentadoria, pensão e assistência, com o oferecimento de alguns serviços de saúde pelo Estado. Sua administração e financiamento partiam da iniciativa privada, em

²⁶ FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. **Direito à saúde: Leis 8.080/1990 e 8.142/1990, arts. 6º e 196 a 200 da Constituição Federal**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 65.

²⁷ VIANA, Ana Luiza d'Ávila; BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. Análise de Políticas de Saúde. In: GIOVANELLA, Lígia et al (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 120.

especial de contribuições feitas por empregador e empregado, com a ingerência do Estado apenas no que se refere a sua regulação externa.²⁸

Já na década de 1930, sob forte influência do modelo bismarckiano de seguridade social, as CAP's foram substituídas pelas IAP's (Institutos de Aposentadorias e Pensões), que passaram a segmentar os trabalhadores em categorias profissionais, representando o início de um sistema público de proteção social, com a participação direta do Estado em sua gerência.²⁹

Não obstante, em 1966, já durante o regime militar, procedeu-se à unificação das IAP's no INPS (Instituto Nacional de Previdência Social). O INPS, por sua vez, foi sucedido pelo Inamps (Instituto de Assistência Médica da Previdência Social), de modo a conferir uma maior integração às ações médicas, embora ainda estivesse muito distante do modelo inaugurado pelo SUS.³⁰

Seguindo no contexto do regime militar, havia ainda a possibilidade de acesso a alguns serviços de saúde para os trabalhadores autônomos, rurais e empregadas domésticas. Contudo, estes eram restritos aqueles prestados no âmbito das Santas Casas de Misericórdia ou em clínicas particulares, para quem pudesse pagar.³¹ Ainda assim, dava-se prioridade aos atendimentos médicos de caráter curativo e individual, em detrimento das políticas de saúde coletiva, voltadas à promoção e prevenção da saúde à toda população.³²

Evidentemente, no início da década de 80 esse modelo previdenciário de saúde passou a não se sustentar, principalmente em razão da grave crise financeira que assolava o país, também associada a uma completa ineficiência do Estado em corresponder aos principais problemas de saúde da população.³³

²⁸ ESCOREL, Sarah; TEIXEIRA, Luiz Antônio. Sistema de Saúde Brasileiro: história e configuração atual. In: *Ibid.*, p. 441-442.

²⁹ ESCOREL, Sarah; TEIXEIRA, Luiz Antônio. Sistema de Saúde Brasileiro: história e configuração atual. In: GIOVANELLA, Lígia et al (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 442-443.

³⁰ *Ibid.*, loc. cit.

³¹ ESCOREL, Sarah. Histórias da política de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: *Ibid.*, p. 487.

³² LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de saúde: origens componentes e dinâmica. In: *Ibid.*, p. 142.

³³ ESCOREL, Sarah, op. cit., p. 522.

Como resposta, inicia-se em meados da década de 70 o movimento pela Reforma Sanitária no Brasil, que representou uma verdadeira reforma social, contando com a participação de toda a sociedade civil brasileira na busca por um sistema público e democrático de saúde.³⁴

Nessa linha, Felipe Asensi destaca o processo de abertura política iniciado pelo movimento sanitarista, que fez com que as políticas públicas de saúde fossem construídas não apenas pela ótica do Estado, mas em conjunto com toda a população, com a criação de espaços de participação coletiva no âmbito de sua formulação, considerando que “é a sociedade que vivencia o cotidiano das instituições de saúde e, portanto, conhece de forma mais próxima as suas mazelas e avanços”.³⁵

Por conseguinte, a força política construída em torno do movimento confluiu na realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde de 1986,³⁶ que veio a sistematizar as propostas da Reforma Sanitária, em especial: “a) ampliação do conceito de saúde, b) reconhecimento da saúde com direito de todos e dever do Estado; c) criação do SUS; participação popular; e) constituição e ampliação do orçamento social”.³⁷

Foi, portanto, com o advento da Constituição de 1988 que se deu origem ao Sistema Único de Saúde (SUS), qualificado por Sarlet e Figueiredo como verdadeira “garantia institucional fundamental”.³⁸ Consagra-se, assim, um modelo universal e gratuito de saúde pública que rompe de uma vez por todas com o antigo modelo excludente, na medida em que deixa de ser restrito àqueles que contribuísssem com a previdência social ou que fizessem parte das camadas mais carentes da população. Em suma, o SUS representa um verdadeiro direito de cidadania.³⁹

³⁴ PAIM, Jairnilsom Silva. **Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica**. 1. ed. Salvador: EDUFBA-Editora FIOCRUZ, 2008, p. 174.

³⁵ ASENSI, Felipe. O direito à saúde no Brasil. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni et al. (org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 3.

³⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1986. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em 25 out. 2019.

³⁷ PAIM, Jairnilsom Silva. **Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica**. 1. ed. Salvador: EDUFBA-Editora FIOCRUZ, 2008, p. 125.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas**. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri et al. (org.). **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2. ed. vol. 1, 2014, p. 118.

³⁹ ASENSI, Felipe, op. cit., p. 6.

Após essa importante conquista, o primeiro e principal marco regulatório infraconstitucional do direito à saúde foi estabelecido pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990,⁴⁰ também conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS). Essa Lei dispõe sobre a regulamentação, organização e funcionamento do Sistema Único de Saúde em todo o território nacional, além de estabelecer os conceitos de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Dentre suas disposições gerais, prevê que a saúde é “um direito fundamental do ser humano”, competindo ao Estado desenvolver, formular e executar as políticas econômicas e sociais atinentes à garantia do acesso à saúde no Brasil, nos moldes do art. 196 da CRFB/88. Por conseguinte, dispõe, em seu art. 5º, os objetivos do SUS, cujo texto se reproduz a seguir:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

- I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;
- II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;
- III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.⁴¹

Considerando, portanto, as disposições gerais e objetivos do sistema, a LOS vem estabelecer em seu art. 7º, os princípios informadores do SUS, nos moldes das diretrizes previstas pelo art. 198 da CRFB/88, dentro os quais se destacam a universalidade, a integralidade e a igualdade.

O princípio da universalidade prevê o acesso à saúde como um direito de todos, sem restrições ou distinções de ordem socioeconômica. Já a igualdade ou equidade na assistência à saúde se refere à garantia da universalidade, mas considerando as diferentes necessidades de cada indivíduo.⁴²

⁴⁰ BRASIL, Casa Civil. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 25 de out. 2019.

⁴¹ BRASIL, Casa Civil. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 25 de out. 2019.

⁴² NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. **O Sistema Único de Saúde – SUS**. In: GIOVANELLA, Lígia et al (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 449-450.

O princípio da igualdade também exprime um caráter de justiça social, pois objetiva minimizar as desigualdades quanto ao acesso, de forma a direcionar o investimento público às regiões com maior carência e deficiência no sistema público de saúde⁴³. A integralidade, por sua vez, diz respeito ao oferecimento de uma rede integrada de atenção à saúde, compreendendo as ações contínuas de prevenção e tratamento aos indivíduos e à toda coletividade, em todos os níveis de complexidade.⁴⁴

Ademais, o inciso IX do art. 7º dispõe sobre os princípios organizacionais do SUS, dentre eles a: “(...) IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; (...)”.⁴⁵

O princípio da descentralização postula a desconcentração da gestão dos serviços de saúde do nível federal para os níveis estadual e municipal. Essa organização permite com que as políticas públicas tenham maior efetividade, pois as aproximam de suas respectivas realidades sociais, associando-as à uma maior participação da população em sua formulação, fiscalização e execução.⁴⁶

Nessa esteira, o 9º da LOS representa a materialização desse princípio, pois estabelece as atribuições dos três entes da federação - União, Estados e Municípios - na gestão compartilhada do SUS⁴⁷. Ele prevê a competência do Ministério da Saúde para a normatização e coordenação geral do sistema em todo território nacional e no que se refere ao oferecimento do suporte necessário aos demais entes federativos. Os Estados, por conseguinte, realizam o planejamento e coordenação das ações de saúde por regiões administrativas, ficando a cargo dos Municípios a efetiva execução e gerenciamento dos serviços em seu território.

⁴³ ASENSI, Felipe. O direito à saúde no Brasil. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni et al. (org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 11.

⁴⁴ NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira, op. cit., p. 550.

⁴⁵ BRASIL, Casa Civil. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 25 de out. 2019.

⁴⁶ ASENSI, Felipe. O direito à saúde no Brasil. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni et al. (org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 12.

⁴⁷ NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 558.

De forma relacionada, a regionalização compreende a organização da rede de atenção à saúde considerando as particularidades de cada região do país e eventuais fatores semelhantes, como características populacionais, situações de saúde, indicadores, entre outros, considerando a influência do ambiente sobre a saúde do indivíduo.⁴⁸

A hierarquização, por sua vez, estabelece um critério de racionalidade do sistema, ao prever que a atenção à saúde deve ser organizada em serviços de níveis de complexidade diferenciados, compreendendo: a atenção primária à saúde, por meio das Unidades Básicas de Saúde (UB's); a atenção secundária, que diz respeito, por exemplo, aos ambulatórios de especialidade médica, as Unidades de Pronto Atendimento (UPA's); e a terciária, que fica a cargo dos hospitais de grande porte e de alta complexidade, onde se encontram as Unidades de Tratamento Intensivo (UTI's).⁴⁹

A saúde privada, por sua vez, foi definida de forma livre, devendo atuar de forma complementar ao SUS, conforme previsto pelo art. 199 da CRFB/88. A propósito, todo o regime de atuação do setor privado veio a ser posteriormente regulado pela Lei nº 9.656/98 - que versa sobre planos e seguros privados de assistência à saúde - e pela Lei nº 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Não obstante, em que pese abrangência da LOS, restaram algumas matérias de grande importância a serem disciplinadas pela mesma, principalmente em razão de uma série de vetos que sofreu do então Presidente Fernando Collor, de modo que uma nova lei foi necessária para dispor sobre a participação popular na gestão e financiamento do SUS.⁵⁰

Desse modo, em 28 de dezembro de 1990, foi promulgada a lei nº 8.142⁵¹, que, dentre outras disposições, veio regular a participação da comunidade na formulação de políticas públicas de saúde no âmbito do SUS. Com efeito, essa lei prevê, logo em seu art. 1º, a existência

⁴⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde: Leis 8.080/1990 e 8.142/1990, arts. 6º e 196 a 200 da Constituição Federal**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 193.

⁴⁹ NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 551-553.

⁵⁰ ESCOREL, Sarah, MOREIRA; Marcelo Rasga. Participação social. In: *Ibid.*, p. 1350.

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 dez. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm.>. Acesso em 25 out. 2019.

obrigatória de instâncias colegiadas em cada esfera de governo, representadas pelas Conferências de Saúde e pelos Conselhos de Saúde.

Os Conselhos de Saúde são órgãos permanentes e deliberativos, responsáveis pelo planejamento e controle das políticas de saúde⁵². Por outro lado, é nas conferências de saúde que a participação social se dá de forma mais ampla, por meio da formulação de novas propostas voltadas a implementação dessas políticas nos respectivos níveis da federação⁵³. Estas conferências acontecem com a periodicidade de quatro anos, mediante a convocação do poder executivo (em regra), sempre na ordem Municipal, Estadual e Federal, conforme o § 1º do supracitado dispositivo da LOS.

Com relação as operações de financiamento do sistema, a referida lei segue o princípio constitucional da descentralização das ações do SUS, regulamentando o sistema de repasse de verbas do governo federal para os Estados, Municípios e Distrito Federal. Esse repasse é feito por meio de transferências regulares e automáticas dos recursos provenientes da seguridade social ao Fundo Nacional de Saúde (FND). Estes, por sua vez, são depositados em cada esfera de atuação do SUS, conforme prevê a LOS em seus artigos 30 a 36, em complemento ao art. 195, *caput*, da CRFB.

Essa sistemática representa uma forma de ressarcimento, por parte da União, aos demais entes federativos pelo dispêndio na prestação dos serviços de saúde, tendo em vista a menor capacidade daqueles para dispor de recursos próprios para tal, como é o caso dos Municípios, que são diretamente responsáveis pela execução dos programas públicos de saúde a nível local, na forma do supracitado art. 30 da CRFB/88.

2.4 A questão específica das políticas de assistência farmacêutica e terapêutica no Sistema Único de Saúde

Como elemento imprescindível a uma maior racionalização das políticas públicas de saúde frente à uma crescente demanda pelas ações e serviços prestados pelo SUS, são

⁵² NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS, op. cit., p. 572.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri et al. (org.). **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2. ed. vol. 1, 2014, p. 124.

concebidas a Política Nacional de Medicamentos (PNM), a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) e a Política Nacional de Assistência Terapêutica (PNAT).

A PNM, aprovada em 1998, foi inicialmente regulada pela Portaria 3.916, do Ministério da Saúde⁵⁴, tendo por escopo a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, promovendo, ainda, o seu uso racional e a garantia de acesso da população aos medicamentos essenciais. Contudo, em 2017 o Ministério da Saúde reorganizou todas as leis e portarias relacionadas ao Sistema Único de Saúde, alocando-as em seis Portarias de Consolidação. Desse modo, a PNM foi incorporada à Portaria de Consolidação nº 02,⁵⁵ sendo disciplinada em seu anexo XXVII, sem prejuízo de seu conteúdo, que permanece o mesmo.

Ademais, uma vez estabelecido no art. 6º da LOS a assistência farmacêutica como um dos campos de atuação do SUS, a PNM surge como um instrumento de referência mais abrangente. Ela dispõe, dentre outros pontos, sobre a produção de fármacos, sua respectiva regulação sanitária e a promoção do desenvolvimento científico na área. Mas sua maior contribuição foi a criação da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), “que institucionaliza, em termos, o compromisso de disponibilidade e fornecimento”.⁵⁶

A despeito de algumas lacunas deixadas pela PNM no que se refere aos seus mecanismos operacionais e regras sobre o compartilhamento dos custos da distribuição desses fármacos entre os entes federados, a Rename passou a perder força como elemento racionalizante do sistema, devido a sua atualização irregular e listagem restrita, pelo que veio a ser sucedida pela Rename 2014, com o objeto de sanar as defasagens da política de medicamentos.⁵⁷

⁵⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria no 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Dispõe sobre a aprovação da Política Nacional de Medicamentos. Brasília, DF. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em 25 out. 2019.

⁵⁵ BRASIL. **Portaria de Consolidação nº 2, de 28 de setembro de 2017**. Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/Matriz-2-Politicas.html>>. Acesso em 25 out. 2019.

⁵⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2017, p. 45.

⁵⁷ Ibid., p. 47-48.

Entretanto, isso não veio resolver, de fato, o problema da desarticulação normativa evidenciada pela incompreensível diferenciação apresentada pelo texto da Portaria nº 3.916/1998 entre a Política Nacional de Medicamentos (PNM) e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF). Assim, devido a necessidade de uma maior organização do sistema, ganha especial relevância na reforma da PNM ocorrida a partir de 2011, projetos que buscavam conferir uma melhor definição ao conceito de assistência integral, notadamente em razão do aumento das demandas judiciais em saúde.⁵⁸

E eis que na esteira dessa discussão surge a Lei nº 12.401/2011,⁵⁹ incorporada ao Capítulo VIII, do Título II, da LOS, para dispor sobre a Assistência Terapêutica e a Incorporação de Tecnologias em Saúde. Seu objetivo foi dar materialidade às diretrizes do art. 196 da CRFB/80, estabelecendo um parâmetro à integralidade das ações devidas pelo Estado, de que trata o art. 6º, inciso I, alínea “d” da LOS. Desse modo, prevê requisitos mais técnicos e procedimentos específicos na abordagem sobre novas tecnologias em saúde, como a disponibilização de novos medicamentos, produtos ou procedimentos inovadores.

No que se refere especialmente à incorporação de novos medicamentos, bem como a sua produção e comercialização em território nacional, se faz necessário o cumprimento de alguns requisitos. O principal deles é o seu prévio registro junto a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Nesta fase, avalia-se a eficácia do medicamento, considerando o seu valor terapêutico e benefícios clínicos, assim como a sua segurança, para a prevenção de potenciais efeitos adversos.⁶⁰

Após o registro, procede-se à análise da viabilidade de sua incorporação pelo SUS. Hoje, essa análise é feita pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC), órgão colegiado e permanente, responsável por assessorar o Ministério da Saúde. A ele compete efetuar o controle quanto a incorporação, exclusão e alteração de tecnologias em Saúde, além de ser capaz de propor a atualização da Rename⁶¹

⁵⁸ Ibid., 48-49.

⁵⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.html>. Acesso em 25 out. 2019.

⁶⁰ PEPE, Vera Lucia Edais; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. Assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde. In: ALVES, Sandra Mara Campos et al. (coord.). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília, DF: ESMPU-Editora FIOCRUZ, v. 2, 2013, p. 151.

⁶¹ Ibid., p. 153.

Não obstante, as normas sobrevindas à Lei nº 12.401/11 se direcionaram a aspectos mais abrangentes, como é o caso do Decreto nº 7.508 de 2011. Sobre seu conteúdo, vale destacar dois dispositivos: o art. 21, que dispõe sobre a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (Renases); e o parágrafo único do art. 26, que traz importantes instrumentos de organização e planejamento da saúde, dentre eles o Formulário Terapêutico Nacional (FTN) e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (os PCDT's), sendo todos estes atualizados com a periodicidade de dois anos, assim como a Renase. Vide o disposto pelo art. 26 da LOS:

Art. 26. O Ministério da Saúde é o órgão competente para dispor sobre a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas em âmbito nacional, observadas as diretrizes pactuadas pela CIT.

Parágrafo único. A cada dois anos, o Ministério da Saúde consolidará e publicará as atualizações da RENAME, do respectivo FTN e dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.⁶²

Ademais, com o escopo de suprir uma lacuna da Lei nº 8.080/90 quanto a repartição dos custos do sistema, foi promulgada a Lei nº 12.466/2011. Por meio dela foram criadas instâncias de representação federativa dos Estados e Municípios nas decisões do SUS, sendo eles o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems), conforme o art. 14-B da LOS.⁶³ Destaca-se, ainda, o art. 19-U, acrescido pela mesma Lei, que atribuiu a competência da Comissão Intergestores Tripartite no que se refere a “responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos ou procedimentos de interesse para a saúde”⁶⁴.

Neste ponto, a professora Maria Paula Dallari Bucci confere destaque ao caráter participativo atribuído à LOS com a inclusão dos conselhos populares, conferências públicas, entre outros órgãos de representação dos interesses da sociedade civil já existentes, com vistas a troca de experiências e à articulação política com representantes das três esferas do executivo,

⁶² BRASIL. Casa Civil. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.html>. Acesso em 25 out. 2019.

⁶³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2017, p. 53-54.

⁶⁴ BRASIL, Casa Civil. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em 25 de out. 2019.

de modo a influírem “sobre a montagem da agenda política, a formulação de propostas, o processo decisório e a capacidade de executar, na ponta final, as aspirações da coletividade”⁶⁵.

Além disso, o STF, ciente de sua relevância como um espaço de disputas sobre o significado do direito à saúde, tem feito uso das Audiências Públicas de Saúde como um instrumento de democratização do debate constitucional sobre o tema. Dentre as diversas audiências realizadas ao longo dos anos, tomou notoriedade a Audiência Pública nº 4, realizada no mês de maio de 2009, tendo como um de seus objetivos de discussão o fenômeno da judicialização da saúde.⁶⁶

Nela, os principais pontos abordados foram: as consequências da intervenção judicial neste âmbito; a questão da responsabilidade solidária pelas ações e serviços de saúde prestados pelo SUS; o alcance do princípio da integralidade, ou seja, até que ponto o Judiciário teria o dever de prover a saúde; a possibilidade ou não do fornecimento de medicamentos de uso *off label*, considerados aqueles carentes da comprovação de sua eficácia terapêutica e de seu devido registro junto à ANVISA, ou não previstos nos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS.⁶⁷

Em suma, os trabalhos realizados nesta audiência vieram a resultar na edição da Resolução nº 107 do CNJ⁶⁸, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário, representando um importante âmbito de análise das possíveis estratégias e novos procedimentos a serem adotadas pelo Judiciário para uma prestação jurisdicional mais eficiente nas demandas em saúde, servindo também como uma forma de prevenção da judicialização.⁶⁹

Considerando todo exposto, a singela proposta deste capítulo foi a de evidenciar a complexidade do Sistema Único de Saúde, sobretudo se considerarmos a existência de inúmeras leis, normas e decretos atrelados à sua regulação, e que por vezes são sobrepostos um ao outro.

⁶⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari, op. cit., p. 55.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁶⁷ BRITO, Patrícia Ribeiro. Judicialização da saúde e desarticulação governamental: uma análise a partir da audiência pública de saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2017, p. 205-206.

⁶⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução Nº 107, de 06/04/2010**. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. DJE/CNJ nº 61/2010, de 07/04/2010, p. 9-10. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁶⁹ BRITO, Patrícia Ribeiro, op. cit., p. 210.

Por este motivo, as mudanças na legislação são necessárias para que se acompanhe a dinamicidade do sistema.

Diante disto, pode-se concluir que um dos principais problemas a serem enfrentados em matéria de controle judicial de políticas públicas de saúde, reside no fato de o Judiciário não deter o grau de conhecimento técnico-científico necessário para adentrar nessa seara, sobretudo se considerarmos que grande parte questões trazidas à sua jurisdição envolvem a incorporação de novas tecnologias ao SUS.

Assim, em consonância ao exposto pela prof. Maria Paula Dallari Bucci⁷⁰, percebe-se que o Judiciário tem sido eficiente no que se refere à análise da micro justiça, ou seja, a partir de demandas individuais, mas carece de ferramentas para uma análise dos efeitos dessa decisão no sistema como um todo, principalmente no que diz respeito ao financiamento o sistema e à repartição de competências.

Portanto, o próximo capítulo tem por escopo a análise do fenômeno da judicialização da saúde e também da política, como fator originário daquela. Para isso, procura-se observar suas determinantes e seus reflexos no contexto democrático. Além disso, se evidenciará os limites e possibilidades do controle judicial de políticas públicas no âmbito da saúde.

⁷⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2017, p. 37-38.

3 O CONTROLE JUCIAL DE POLÍTICAS NO ÂMBITO SAÚDE

3.1 Um panorama sobre a judicialização da saúde no Brasil

A judicialização da saúde é um fato que já se tornou parte relevante da rotina dos tribunais e das instituições públicas. Sua definição pode ser tão relativa quanto o objeto das demandas judiciais e suas respectivas causas, exigindo uma abordagem multidisciplinar. Aspectos sociais, culturais, econômicos, regionais e demais fatores determinantes, por certo, estarão presentes em sua análise, e o diálogo entre diversos atores se torna cada vez mais necessário.

Como evidência da atual relevância do tema, apresenta-se, aqui, os dados de um recente estudo divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o INSPER, a respeito da judicialização da saúde em âmbito nacional. A partir de um levantamento de dados junto a tribunais estaduais em primeira instância, verificou-se que no período entre 2008 a 2017 houve um aumento de 130% do número de demandas judiciais em saúde. Em decorrência disto, o Ministério da Saúde apurou um aumento de até 13 vezes nos seus gastos, atingindo a marca de R\$ 1,6 bilhão em 2016.⁷¹

Ainda segundo a pesquisa, o perfil das demandas tende a ser diversificado, variando entre os Estados. Mas é interessante observar que especificamente no Rio de Janeiro os processos em primeira instância demonstraram uma predominância do assunto “Saúde” (35%), referente aos litígios em saúde pública. Diferentemente dos demais Estados, em que os processos mais recorrentes se alternam entre planos de saúde, tratamentos médico-hospitalares e/ou fornecimento de medicamentos.⁷²

Corroborando com estes números, vale destacar um primoroso estudo realizado pela professora Maria Paula Dallari Bucci, na obra “Judicialização da Saúde: a visão do poder executivo”, de 2017. Nela, Bucci apresenta um dado bastante revelador: “Entre junho de 2015

⁷¹ CONSELHO, Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução.** Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Vanessa_Oliveira12/publication/333659130_Judicializacao_da_Saude_no_Brasil_perfil_das_demandas_causas_e_propostas_de_soluciao/links/5cfacc8692851c874c568327/Judicializacao-da-Saude-no-Brasil-perfil-das-demandas-causas-e-propostas-de-solucao.pdf>. Acesso em 07 nov. 2019.

⁷² Ibid.

e fevereiro de 2016, a Universidade de São Paulo (USP), recebeu cerca de 13 mil medidas liminares determinando a entrega da substância fosfoetanolamina sintética a pacientes de câncer”, a famosa pílula do câncer.⁷³

Todos esses dados evidenciam o impacto que a judicialização tem gerado no âmbito do sistema de justiça e da administração pública. Fato é que a instabilidade política e econômica pela qual perpassa o país nos últimos anos, somado a insuficiência das políticas implementadas pelo Estado, seja pela má gestão dos recursos ou pelos casos de corrupção sistêmica, tem acarretado uma grande precariedade dos serviços oferecidos pelo SUS.

Consequentemente, os anseios da população pelo acesso integral à saúde, quando levados a apreciação do poder Judiciário, tem sido enfrentados de forma demasiado eufórica pelos Tribunais, que, sob o pretexto de dar efetividade a um direito fundamental, por vezes desconhecem as imposições de natureza técnico-científicas da demanda, privilegiando a satisfação de interesses subjetivos em detrimento do coletivo.

Nessa esteira, Bucci faz referência a um “paroxismo judicial” como responsável pela epidemia de demandas. Segundo a autora, não seria “mero jogo de palavras dizer que a judicialização excessiva tornou-se sintoma de uma doença institucional”.⁷⁴ Isto porque a grande benevolência dos juízes para com os pedidos liminares das ações acaba por estimular a via judicial ao invés da via administrativa, e essa noção individualista da saúde gera impactos prejudiciais para todos.

É inegável que este tem sido um problema quase endêmico no país desde o advento da Constituição de 1988, mas pouco se tem avançado no que tange as estratégias para o seu enfrentamento. Assim, o que deveria ser um instrumento judicial para a garantia do direito à saúde, acaba gerando a insuficiência do sistema, debilitando o planejamento coletivo.

⁷³ BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2017, p. 31.

⁷⁴ Ibid., p. 33.

Neste ponto, o Ministro Luís Roberto Barroso assevera que a questão transcende os dogmas relativos à intervenção judicial em políticas públicas, pois trata, em grande medida, da ponderação do interesse de apenas um indivíduo com o de toda a sociedade.⁷⁵

Por todas essas razões, é lugar comum a atribuição de culpa a um certo ativismo judicial. No entanto, Maria Tereza Sadek entende que a problemática vai além, uma vez que a judicialização decorre, em verdade, do desenho das nossas instituições, ou seja, da maneira como organizamos a relação entre justiça e política na democracia brasileira.⁷⁶ É, portanto, sobre esta afirmativa que se serão desenvolvidos os argumentos a seguir.

Para esta discussão, o capítulo se voltará ao controle judicial de políticas públicas, especialmente no que se refere às ações materiais formuladas e executadas pela administração. Nesse sentido, seu objeto não se restringirá à análise de serviços de saúde em específico, mas às políticas de saúde como um todo, dando ênfase ao aspecto coletivo do tema, por melhor se adequar ao próprio conceito de políticas públicas, que a este ponto cumpre estabelecer.

Para tanto, cumpre dizer que não há uma única terminologia única capaz corresponder ao conteúdo abrangente das políticas públicas, na medida em que seus contornos podem variar em razão do marco teórico institucional e do recorte das atividades que integram o seu arcabouço. Não obstante, adota-se a definição apresentada por Bucci, segundo a qual:

“As políticas públicas devem ser compreendidas como arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias formalizadas ou programas de ação governamental, visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, e resultam de processos conformados juridicamente.”⁷⁷

Nota-se, aqui, o processo decisório e o planejamento das ações como pontos elementares à noção de política pública. Essas ações, por sua vez, demandam a participação de diferentes atores institucionais, na busca por uma determinação de prioridades. Neste momento,

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2019.

⁷⁶ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 12.

⁷⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Controle Judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**. Fórum Administrativo–Direito Público–FA, Belo Horizonte, v. 9, 2009, p. 11. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/45236948_Control_e_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites>. Acesso em 5 nov. 2019.

inúmeros fatores devem ser considerados, como a disponibilidade de recursos, as dificuldades políticas inerentes, o tempo em que as medidas levarão para serem executadas e os diferentes caminhos - dentre os previstos pela lei - que levam a consecução de um mesmo fim social.⁷⁸

Nesse sentido, as políticas públicas buscam certa previsibilidade e servem como instrumento de organização de ações, com base nas normas que regulam os diversos setores sociais. Diferentemente do controle judicial, que é exercido a partir de uma análise focada nos elementos necessários a resolução de determinada lide. Para Bucci, isso seria prejudicial, pois gera a ignorância dos múltiplos fatores que influem no conteúdo da política em análise.⁷⁹

Nesse sentido, as ações coletivas, dentre as quais a ação civil pública, se mostram como a melhor alternativa ao controle jurisdicional de políticas públicas, pois reúnem, em uma única ação, diversos interesses envolvidos na causa.⁸⁰ E a viabilidade desse controle decorre da própria previsão legal do direito e da consequente obrigatoriedade de sua implementação.

3.2 O processo de judicialização da política e sua influência sobre o controle judicial de políticas públicas

Pode-se dizer que qualquer discussão sobre judicialização da política comporta certos questionamentos que, de alguma forma, buscam compreender os fatores que influenciam o Poder Judiciário quando da apreciação de matérias que digam respeito a efetivação de direitos fundamentais. O que se coloca à discussão, em grande medida é: considerando a sociedade de massa em que vivemos, onde os conflitos vão surgindo em uma velocidade quase incontrolável, qual seria o papel do sistema de justiça na democracia contemporânea? Isto veremos a seguir.

Em sua origem, o Judiciário foi concebido para resolver conflitos exclusivamente individuais. Deste modo, o magistrado exercia uma função restrita ao restabelecimento da paz ou das condições anteriores ao conflito instaurado, sendo reconhecido apenas como “boca da

⁷⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Controle Judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**. Fórum Administrativo–Direito Público–FA, Belo Horizonte, v. 9, 2009, p. 11. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/45236948_Controle_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites>. Acesso em 5 nov. 2019.

⁷⁹ Ibid., loc. cit.

⁸⁰ Ibid., loc. cit.

lei”, na medida em que sua atuação deveria ser neutra.⁸¹ Esse paradigma correspondia ao clássico modelo de tripartição de poderes formulado por Montesquieu. Sob esta lógica, as funções do Estado deveriam ser exercidas órgãos autônomos e independentes entre si, de modo que nenhum se sobrepusesse ao outro, por meio de um sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos).⁸²

Em suma, essa concepção foi se alterando drasticamente no segundo pós-guerra, com a instituição do Tribunal de Nuremberg para o julgamento dos crimes contra a humanidade perpetrados pelo regime nazista. Entendeu-se, neste momento, que a efetiva proteção dos direitos humanos dependeria de sua positivação no texto constitucional, o que implicou no estabelecimento de um sistema de controle de constitucionalidade para a garantia dos direitos fundamentais e como forma de combate ao arbítrio dos governantes.⁸³

Embora esse seja o marco inicial para a expansão dos Tribunais constitucionais no sistema político, Sadek ressalta que foi com o estabelecimento do sistema presidencialista, adotada por diversos países - dentre os quais o Brasil - seguido da constituição do poder Judiciário como verdadeiro poder de estado, o que propiciou a participação dos atores do sistema político na arena pública, caracterizando-se como desenho marcante da organização do poder na democracia brasileira e do mundo.⁸⁴

Paralelamente, algumas mudanças foram ocorrendo no âmbito das instituições. Com o estabelecimento do *welfare state*, o Judiciário passa a desempenhar um importante papel de garantia do sistema de proteção dos direitos sociais assegurados pela Constituição. Em consequência, mostra-se como um novo espaço de regulação estratégica de questões emergentes da vida social, o que lhe confere uma dependência funcional face ao poder regulatório das políticas advindas do Executivo e Legislativo.⁸⁵

⁸¹ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 11.

⁸² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 27.

⁸³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo social, v. 19, n. 2, 2007, p. 1-2. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

⁸⁴ SADEK, Maria Tereza, op. cit., p. 12.

⁸⁵ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimp. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 376.

Com isso, a atuação do Judiciário se vê cada vez mais ampliada. Não apenas em razão da previsão de novos direitos, mas também pela forma com que teve que lidar frente o caráter programático assumido pela produção normativa deste período. Eis que, por conveniência, o direito e as leis foram dotados de conteúdo altamente indefinido e aberto, como reflexo das constantes transformações ocorridas no âmbito do Estado.

Isto porque, devido inconstância de suas políticas sociais e econômicas, na tarefa de regular as novas formas de organização social provenientes da progressiva expansão do sistema de garantias sociais, passou-se a exigir do Judiciário um poder interpretativo que fosse capaz de dar efetividade à norma formalmente prevista, atuando quase como um “legislador implícito”.⁸⁶

Por esse motivo, o *welfare state* perde força como modelo de Estado, notadamente por sua incapacidade de conferir a necessária materialidade ao conteúdo normativo. Entretanto, tirou-se disso a valiosa lição de que “o interesse comum pode ser titular de direitos próprios, demandando, por meio do Judiciário, que o poder público cumpra seus deveres para com eles e, quando for o caso, seja impedido de ultrapassar seus limites constitucionais.”⁸⁷

Neste ponto, há de se ressaltar a “institucionalização das *class actions*” pelo direito norte-americano - equivalente a nossa Ação Civil Pública - como um importante instrumento de provocação do Judiciário por atores da sociedade civil em substituição à tomada de decisão no âmbito das políticas públicas, o que ganhou ênfase com a criação de direitos de proteção ao consumidor, de modo que a atuação dos juízes passam a abranger toda a coletividade, interferindo em questões mais próximas à vida social e às políticas públicas.⁸⁸

Em decorrência dessa nova frente de atuação judicial, marcada pela democratização do acesso à justiça, reflexo direto da revolução processual que concebeu a instrumentalidade

⁸⁶ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimp. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 378.

⁸⁷ Ibid., p. 382.

⁸⁸ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo social, v. 19, n. 2, 2007, p. 39. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20702007000200002>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

do direito, Werneck e Burgos apontam para a criação de uma cidadania complexa, que proporciona uma abertura seletiva do sistema normativo para o social na mesma medida em que expande o conceito de soberania às esferas de representação popular. Estabelece, ainda, um caráter responsivo à estas, em um constante processo de transformação, frente às novas formas de organização social e seus respectivos conflitos.⁸⁹

Ademais, com a universalização do protagonismo judicial, os membros da magistratura assumem uma maior participação no espaço democrático, podendo influir decisivamente nos rumos da nação. Isto porque, hodiernamente, a grande maioria das decisões emanadas pelo poder público são, de algum modo, objeto de apreciação pelo Judiciário, e isto faz com que a sua atuação tenha grande importância em meio a disputa política.⁹⁰

Segundo Maria Tereza Sadek, a ascensão do Judiciário como protetor da ordem constitucional lhe conferiu uma visibilidade nunca antes vista. Em suas palavras:

Os agentes políticos encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena, tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas. O cidadão, por sua vez, passou a ter na instituição um espaço para a solução de disputas e para a garantia dos mais variados direitos.⁹¹

Como manifestação desse novo espaço de arena pública instalado no âmbito dos tribunais, se encontra justamente o direito à saúde. Isto porque, em termos práticos, seu conteúdo é dotado de certa relatividade, na medida em que “saúde” pode ter diversas definições jurídicas. Ocasiona-se, assim, uma disputa política sobre seu conteúdo e significado.

Neste contexto, Giselle Cittadino atribui especial relevância ao papel desempenhado pelo constitucionalismo democrático, que deu valor às normas constitucionais, seja pela importância conferida aos preceitos éticos de caráter humanista ou pela atuação mais enérgica dos tribunais na busca pela efetividade de seu conteúdo. Assim, “os direitos fundamentais positivados

⁸⁹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimp. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 378-379.

⁹⁰ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 14-15.

⁹¹ Ibid., p. 17.

recebem uma espécie de validação comunitária, pois fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica.⁹²

Para Luiz Werneck Vianna, o constitucionalismo democrático estende o exercício da soberania aos cidadãos, proporcionando-lhes um novo lugar de fala.⁹³ E essa ampliação tem gerado novos espaços de representação, exercidos por aqueles que falam em seu nome não apenas em razão do voto, mas devido a sua função como garantidores da lei, tais como a magistratura e o Ministério Público.⁹⁴

Sob esta lógica, a materialização dos direitos fundamentais assegurados seria diretamente dependente da capacidade de controle social das omissões do poder público. Para tanto, a ordem constitucional deve prover os mecanismos processuais necessários à efetiva participação política da comunidade, de modo a influírem na forma com a que determinadas políticas vem sendo conduzidas pelos agentes governamentais.⁹⁵

Sobre este aspecto, há de ressaltar a influência que o processo de constitucionalização exerceu sobre a judicialização da política. No caso da história brasileira especificamente, esse fenômeno se deu de forma ainda mais sintomática. A começar pela Constituição de 1988, também denominada de “Constituição cidadã”,⁹⁶ em razão da força atribuída aos direitos civis e políticos, à democratização do acesso à justiça e à consagração de um extenso rol de direitos sociais, fruto da intensa participação popular no seio da Assembleia Nacional Constituinte.

Por diversos motivos, dentre os quais o anseio social por participação política em meio a um processo de redemocratização do país, desenhou-se o cenário perfeito para a conquista de diversos direitos e, conseqüentemente, de políticas públicas para a sua implementação. E logo o sistema de justiça foi atraído para essa arena política, na medida em que “constitui-se um ator

⁹² CITTADINO, Giselle. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimp. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 31.

⁹³ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: *Ibid.*, p. 341.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 371.

⁹⁵ CITTADINO, Giselle, op cit., p. 34.

⁹⁶ Adjetivo utilizado por Ulysses Guimarães, ex-presidente da Câmara dos Deputados, em discurso proferido durante a sessão solene realizada no dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

com capacidade de provocar impactos significativos no embate político, na elaboração de políticas públicas, bem como na sua execução”.⁹⁷

Nesse sentido, uma das principais formas de intervenção do Judiciário em questões políticas, desde o advento da CRFB/88, tem sido o controle de constitucionalidade das leis elaboradas pelo Legislativo e dos atos que o Executivo eventualmente edita na forma de medidas provisórias. Neste aspecto, o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro também é curioso, pois é considerado misto, na medida em que incorporou o sistema de controle difuso, ou incidental, e o concentrado de constitucionalidade.⁹⁸

O controle difuso pode ser exercido por todos os juízes e suas decisões tem efeito apenas para o caso concreto. Já o concentrado é restrito ao Supremo Tribunal Federal (STF), mediante a provocação de alguns legitimados. Pode-se dizer, ainda, que nós temos uma das cortes constitucionais mais acessíveis do mundo, conforme se depreende do estudo realizado por Luiz Werneck Vianna, tendo por objeto a análise de 3.648 Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas perante o STF, no período de 1988 a 2005. Desse modo, o impacto das decisões judiciais sobre os demais poderes se torna inevitável.⁹⁹

A este ponto, resta evidenciado que direitos fundamentais e democracia se completam, na medida em que proporcionam uma maior abertura à participação do cidadão na política e nos meios de justiça, pois, dessa forma, todos podem manifestar a sua interpretação da Constituição. Isso traz uma maior identificação entre o indivíduo e a norma, fazendo com que este se sinta como parte do processo de sua formulação.¹⁰⁰

⁹⁷ SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 15.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn)thesis, v. 5, n. 1, p. 2. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁹⁹ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo social, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-20702007000200002&script=sci_arttext>. Acesso em: 07 nov. 2019.

¹⁰⁰ CITTADINO, Giselle. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimp. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 39.

E o STF, ciente de sua relevância como um espaço de disputas sobre o significado do direito à saúde, tem feito uso das Audiências Públicas de Saúde com um instrumento de democratização do debate constitucional sobre o tema. Dentre as diversas audiências realizadas ao longo dos anos, tomou notoriedade a Audiência Pública nº 4, realizada no mês de maio de 2009, tendo como um de seus objetos de discussão justamente o fenômeno da judicialização da saúde.¹⁰¹

Em geral, os pontos mais discutidos foram: às consequências da intervenção judicial neste âmbito; a questão da responsabilidade solidária pelas ações e serviços de saúde prestados pelo SUS; o alcance do princípio da integralidade, ou seja, até que ponto o Judiciário teria o dever de prover a saúde; a possibilidade ou não do fornecimento de medicamentos e insumos sem o registro da Anvisa, ou não previstos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS; e quais são as respectivas consequências disto.¹⁰²

Os trabalhos realizados nesta audiência vieram a resultar na edição da Resolução nº 107 do CNJ, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário, representando um importante âmbito de análise das possíveis estratégias e novos procedimentos a serem adotadas pelo Judiciário para uma prestação jurisdicional mais eficiente nas demandas em saúde, servindo também como uma forma de prevenção da judicialização.¹⁰³

3.3 Os argumentos de cautela com a intervenção do Judiciário em políticas públicas e suas possíveis respostas

Uma das críticas mais difundidas em matéria de intervenção judicial de políticas públicas diz respeito a uma suposta ausência de legitimidade democrática do poder Judiciário para intervir em matéria de políticas públicas. Em geral, alega-se a separação de poderes como principal fator limitador, uma vez que juízes não são eleitos, e por essa razão não poderiam se imiscuir em questões reservadas às instituições políticas, notadamente os poderes executivo e legislativo.

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁰² BRITO, Patrícia Ribeiro. Judicialização da saúde e desarticulação governamental: uma análise a partir da audiência pública de saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2017, p. 205-206.

¹⁰³ Ibid., p. 210.

Nessa linha, seria como se estivesse admitindo o Judiciário como um poder acima de todos, na medida em que detém o controle dos atos dos demais. Neste ponto, argumenta-se que, sob o pretexto de dar eficácia às normas constitucionais, os magistrados poderiam se desvincular das bases democráticas que os legitimam. Por muitos isso é visto como a manifestação de um ativismo judicial.

Entretanto, para Luís Roberto Barroso, judicialização e ativismo seriam conceitos primos, mas de origens distintas. Segundo o ministro, enquanto o primeiro é um fato decorrente do modelo constitucional brasileiro, o outro é uma atitude deliberada do Poder Judiciário, que assume uma postura mais proativa, dando uma interpretação que amplie o sentido e o alcance da Constituição. Num outro extremo, pode se manifestar de maneira mais tímida, a fim de evitar invasões impróprias no âmbito de atuação dos demais poderes. A isso se convencionou denominar de autocontenção judicial.¹⁰⁴

Nessa linha, Daniel Sarmento defende que a conduta mais recomendável em matéria de controle judicial de políticas públicas seria a de autocontenção judicial, por ser este um espaço mais sensível ao espaço da política majoritária. Além disso, atenta para a ausência de domínio técnico e científico dos magistrados sobre essas matérias.¹⁰⁵ Compartilhando do mesmo entendimento, Bucci entende que o exercício de cognição em um processo representa, por vezes, uma visão limitada sobre todo o complexo de fatores que compõem determinadas políticas.¹⁰⁶

Sem prejuízo da pertinência dessas críticas, o que se pretende demonstrar é que elas não são capazes de restringir, por si só, a intervenção judicial. Isto porque observa-se ser um consenso na doutrina que a tradicional concepção da separação de poderes não mais se adequa a um sistema constitucional que prima pela efetividade de suas normas. Além disso, como será

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁵ SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. 2009, p. 14. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>> Acesso em: 10 nov. 2019. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Controle Judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**. Fórum Administrativo–Direito Público–FA, Belo Horizonte, v. 9, 2009, p. 6. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/45236948_Control_e_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites>. Acesso em: 05 nov. 2019.

evidenciado, existem meios capazes de fornecer o auxílio técnico necessário às decisões judiciais sobre políticas públicas, de modo a fortalecer o seu componente democrático.

Forçoso observar, neste ponto, que a força política do Judiciário vem da Constituição, e sua atuação precede à sua provocação. Nessa linha, o constitucionalismo democrático é ponto paradigmático à constituição do poder Judiciário como espaço legítimo de representação dos interesse sociais. Uma vez provocado, tem o dever de dar uma interpretação que melhor corresponda aos valores constitucionais, por força do princípio da vedação do *non liquet* ou da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88).

A propósito, Hermes Zaneti Jr. nos ensina que o sistema representativo hoje se divide em funções de governo e funções de garantia. A primeira corresponde à atuação contingente dos representantes públicos, na margem de sua discricionariedade legal, sendo eleitos para tal. A segunda visa a garantia da ordem constitucional e o oferecimento de balizas para a atuação dos demais atores no espaço democrático.¹⁰⁷

Nesse sentido, tanto o Judiciário como o Ministério Público e Defensoria Pública, sendo estes dois últimos integrantes das funções essenciais à justiça, são atribuídos como plenos legitimados à garantia da Constituição e dos interesses coletivos. Com todas essas importantes instituições, entende-se não haver espaço para um legalismo estanque, mas antes, aos valores democráticos adstritos à garantia dos direitos fundamentais.

Para Ana Paula de Barcellos, por exemplo, não haveria que se falar em autodeterminação das esferas de deliberação majoritária quando sequer as condições mínimas de dignidade são proporcionadas. Por esse motivo, o controle judicial seria mais que necessário, posto ser um meio para promoção desses direitos. Assim, uma vez garantidos, só então se poderia partir para a discussão do que seria ou não reservado ao âmbito democrático.¹⁰⁸

¹⁰⁷ ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 49-50.

¹⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 110.

Considerando todas as ponderações, verifica-se que os fatores que condicionam o controle judicial não são um consenso. Entretanto, o que se pode afirmar é que a legitimidade dessas decisões não se afere por sua simples conformação ao papel classicamente desempenhado pelo Judiciário, mas ao seu grau de intervencionismo e de comprometimento com as bases democráticas. Invocando as palavras de Barroso:

Em suma: o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui.¹⁰⁹

Ademais, uma outra crítica feita ao controle judicial diz respeito à reserva de discricionariedade das decisões da administração pública. Neste ponto, entende-se que o mérito dos atos administrativos seria insuscetível à intervenção judicial, uma vez que, se o administrador decidiu de uma forma ou de outra, assim o fez sob um legítimo juízo de conveniência e oportunidade dos fatores que influíram na formulação e execução de determinada política pública.

Nesse sentido, é inegável que no contexto administração pública se faz essencial a previsão de limites aos atos de Estado por imposição da lei, como óbice a prática de arbitrariedades contra os particulares. Trata-se, pois, do clássico princípio da legalidade. Nesse intento, sua aferição é usualmente realizada pela diferenciação entre atos vinculados e atos discricionários.

Conforme as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ato vinculado seria aquele em que a lei prevê apenas uma alternativa ao caso, devendo a administração agir em seus limites. Por outro lado, o ato discricionário seria aquele em que a lei abre uma certa margem de decisão, "segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador".¹¹⁰

Assim, é prevista uma margem de: fazer ou não fazer; quando fazer; de que forma fazer; ou o que deve ser feito. Desse modo, lhe é proporcionado mais de uma opção legítima, em termos legais, para a execução do ato. Isto foi uma opção do legislador, tendo em vista que a única forma de fazer frente a uma relatividade fática seria atribuindo ao administrador o

¹⁰⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 8. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹¹⁰ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p. 205.

"dever de adotar a melhor solução para uma dada situação concreta, visando o objetivo nela contido".¹¹¹

Fato é que, na prática, essa diferenciação é irrelevante, uma vez que todo e qualquer ato administrativo deve obedecer os parâmetros legais e os valores constitucionais para a consecução dos fins sociais a que se destina. Conforme as lições da professora Maria Zanella Di Pietro, esses valores "atuam como limites à discricionariedade administrativa, os quais, se ultrapassados, configuram ato ilícito da Administração, passível de revisão pelo Poder Judiciário".¹¹²

A tempo, Diogo Coutinho critica a relevância dada pelos juristas a essas diferenciações. Para ele, deveria ser priorizado o estabelecimento de parâmetros para uma atuação mais efetiva dos administradores, dentro de sua margem de liberdade. Nesse sentido, defende que as normas de direito administrativo deveriam ser resignificadas "como uma espécie de tecnologia de implementação de políticas públicas".¹¹³ Por certo, isso faria frente aos inúmeros problemas que se põem no momento decisório.

Seguindo esse propósito, a professora Ana Paula de Barcellos fornece três parâmetros básicos para a atuação judicial em matéria de políticas públicas, em resposta ao que denomina de crítica filosófica, pois mais atinente ao aspecto valorativo do objeto de controle. Conforme a professora, uma vez prevista determinada política pela Constituição ou lei ordinária o seu cumprimento se torna obrigatório pelo poder público, e a intervenção judicial em caso de descumprimento se torna bem-vinda.¹¹⁴

Em uma segunda hipótese, caso a política exista, mas seja insuficiente ou se apresente equivocada, a atuação judicial se dará com base em critérios técnicos capazes de aferir seu erros

¹¹¹ DANIEL, Juliana Maia. Discricionariedade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 103.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 38.

¹¹³ COUTINHO, Diogo R. **O direito nas políticas públicas**. 2013, p. 12. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Diogo_Coutinho2/publication/268352186_O_direito_nas_politicas_publicas_Agradecimentos/links/5630eec508ae0530378cf8f7.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 114-115.

ou inconsistências. Não estando presentes as hipóteses anteriores, não é de bom tom que o Judiciário intervenha, sob pena de, aí sim, estar usurpando as funções constitucionais dos demais poderes, incorrendo na reprodução de discurso impróprio, sem respaldo democrático.¹¹⁵

Para que isso não ocorra, é imprescindível que as decisões judiciais sejam pautadas por argumentação técnica o suficiente para o esclarecimento do quadro da política e das ações pertinentes para sua fiel execução.¹¹⁶ Além disso, o exercício de um juízo de razoabilidade e proporcionalidade é indispensável para uma intervenção judicial que se pretenda legítima, pois põe à prova necessidade e adequabilidade da decisão.

Um último argumento de cautela com relação ao controle jurisdicional que se pretende tratar neste tópico é talvez o mais relevante atualmente. Trata-se dos institutos da reserva do possível ou do financeiramente possível de um lado, servindo como limitador à satisfação de demandas que venham a onerar os recursos disponíveis pelo ente estatal e, de outro, o princípio do mínimo existencial, como uma esfera de proteção aos direitos do indivíduo.

Para Ingo Sarlet e Maria Figueiredo, o mínimo existencial representa um direito fundamental, e como tal, depende do alcance do direito à vida e à dignidade humana como valores constitucionais. Além disso, defendem que seu conteúdo não se resume à garantia da vida, no sentido de existência, pois também comporta a noção de qualidade de vida.¹¹⁷ Nas lições de Ada Pellegrini:

É esse núcleo central, esse mínimo existencial que, uma vez descumprido, justifica a intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para corrigir seus rumos ou implementá-las, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa.¹¹⁸

Tomam como ponto de partida o direito germânico, onde o conceito foi inaugurado. Teve como expoente o jurista Otto Bachoff, que foi quem defendeu perante o Tribunal Constitucional Federal alemão a fixação de garantias sociais mínimas capazes de proporcionar

¹¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 114-115.

¹¹⁶ ZANETI JR, Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 47.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. In: op. cit., p. 24-25.

¹¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: op. cit., p. 133.

uma vida digna a todos os indivíduos, indo além da predominante feição negativa do direito à vida para incorporar condutas positivas indispensáveis à sua proteção. Portanto, para a doutrina alemã majoritária, este seria um direito fundamental social, na medida em que busca a igualdade material por meio de direitos socioeconômicos.¹¹⁹

Entretanto, Ricardo Lobo Torres faz a ressalva de que mínimo existencial não se confunde com direitos econômicos e sociais, por duas diferenças fundamentais. O primeiro é um instituto autônomo, podendo ser previsto implicitamente. Já o segundo, depende de previsão normativa. Ademais, enquanto aqueles devem observância à reserva do possível, o mínimo existencial não. Não obstante, é possível ainda que ambos coexistam - como é o caso do direito à saúde-, de modo que as políticas públicas assumem o papel de manejo dos interesses envolvidos, e o controle judicial se torna necessário para fiscalização de sua implementação pelo poder público.¹²⁰

Neste ponto, urge a definição do que seria propriamente a reserva do possível. A tempo, trata-se de argumento de defesa da administração pública, e diz respeito às limitações de caráter financeiro do Estado para a implementação de determinada política pública.¹²¹ Também foi forjado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão quando do julgamento do caso *numerus clausus*, em que estudantes reivindicavam o acesso ao ensino público superior. Nesta ocasião, teceram-se discussões a respeito do que seria razoável exigir da sociedade.

Além disso, Sarlet e Figueiredo entendem que a reserva do possível não integra os direitos fundamentais. Assim, seriam apenas um fator limitador intrínseco às capacidades do Estado em prover direitos fundamentais, dados os recursos disponíveis. Poderia, ainda, atuar de forma favorável à sua proteção, na medida em que pode servir como parâmetro para a

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 20-23.

¹²⁰ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: *Ibid.*, p. 73.

¹²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p., 138.

ponderação entre direitos postos em conflito, quando se visa resguardar o núcleo essencial de um desses.¹²²

Gustavo Amaral e Danielle Melo, por sua vez, divergem dos autores, por entenderem que “no campo da saúde, a escassez, em maior ou menor grau, não é um acidente ou um defeito, mas uma característica implacável”.¹²³ Para eles, a reserva do possível está adstrita ao próprio conteúdo do direito. Além disso, dão ênfase ao orçamento como planejamento das ações a serem executadas a longo prazo, e criticam a preferência dos Tribunais por soluções imediatistas que acabam não controlando os seus efeitos.¹²⁴

Por certo, a reserva do possível é um argumento válido e deve ser considerado na análise dos direitos fundamentais, pois sempre acaba incidindo na sua esfera, uma vez que a manutenção desses direitos trazem o dispêndio de recursos e a inegável competência da administração em decidir como melhor alocá-los. Entretanto, o mínimo existencial surge como um instrumento de defesa às omissões ou ações insuficientes. Em suma, nenhum dos dois é absoluto, de modo que, uma vez opostos, é a análise do caso concreto quem dirá qual destes deve prevalecer.¹²⁵

O que se pode ter por certo é que o mínimo existencial deve ter valoração maior frente a reserva do possível, pois objeções de caráter orçamentário não devem, por si só, reduzir a pretensão de tutela do direito à vida. Isto não implica dizer que, mesmo prevalecendo o mínimo existencial no caso concreto estes parâmetros devam ser ignorados, sob pena de comprometimento do sistema de proteção social como um todo.¹²⁶

No mesmo sentido, Ricardo Lobo Torres ressalta que essa análise não se aplica quando do cumprimento do mínimo existencial. Porém, dá ênfase a importância do orçamento no planejamento das despesas do Estado com a implementação de políticas públicas. Segundo ele, o Judiciário pouco avança nessa esfera, e muitas vezes se imiscui na questão da alocação de

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner, op. cit., p. 30.

¹²³ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há Direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 91.

¹²⁴ Ibid., p. 97.

¹²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: Ibid., p. 41.

¹²⁶ Ibid., p. 43.

recursos à revelia da dotação orçamentária da administração pública e das obrigações não previstas na mesma.¹²⁷

Neste ponto, deve-se dar lugar aos pareceres periciais, que levam em conta as Políticas Nacionais de Assistência Farmacêutica e Diretrizes Terapêuticas explicitadas no primeiro capítulo. É, pois, de grande importância uma maior participação dos profissionais especializados nestas causas, pois são estes são capazes de revelar o quadro das políticas de saúde, especialmente no que se refere aos medicamentos contemplados na lista do SUS (a Rename); os tratamentos previstos na Política de Atenção Básica a Saúde; qual o protocolo clínico recomendável para a doença em questão; e a eficácia terapêutica do medicamento ou tratamento pretendido.¹²⁸

Por esse motivo, muitas vezes, o juízo de cognição sumário, em sede liminar, é mais suscetível a equívocos. Isto porque acaba não permitindo que os juízes tenham o suporte técnico necessário para a certeza da segurança e eficácia da medida. Por certo, a garantia do mínimo existencial deve ser avaliada com cautela, pois “as exigências do mínimo existencial podem ser comuns a uma comunidade de pessoas, mas o remédio deve ser adequado ao mal específico de cada um e, de resto, ser adequado ao tratamento naquele caso”.¹²⁹

Sobre este ponto, vale destacar a recente decisão proferida em 22 de maio de 2019 pelo STF no Recurso Extraordinário (RE) nº 657718, com repercussão geral reconhecida, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. Por maioria de votos, fixou-se o entendimento de que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais ou sem registro na ANVISA, salvo em casos excepcionais. A tese vencedora foi a do Ministro Luís Roberto Barroso, que estabeleceu alguns parâmetros para a decisão judicial na matéria:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência

¹²⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: *Ibid.*, p. 75-76.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 44.

¹²⁹ *Ibid.*, loc. cit.

de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.¹³⁰

Portanto, essa decisão demonstra a predominância de uma visão mais consequencialista sobre o tema por parte do STF, especialmente no que tange aos impactos do controle judicial sobre a coletividade e o orçamento. Isto se observa com maior ênfase no voto de vista do Ministro Alexandre Moraes, que concluiu pela constitucionalidade do art. 19-T da LOS.¹³¹ Segundo o Ministro: “Não se trata de negar direito fundamental à saúde. Trata-se de analisar que a arrecadação estatal, o orçamento e a destinação à saúde pública são finitos”.¹³²

A propósito, Sarlet e Figueiredo vão de acordo ao entendimento esposado pelo STF, pois asseveram não ser razoável a obrigação do Estado em fornecer medicamentos sem eficácia terapêutica comprovada e não aprovados pela ANVISA, ou de custear todo e qualquer tratamento novo ainda não incorporado pelo SUS sem a especificação de sua real pertinência no pedido. Conforme os autores, isto representa uma proteção ao indivíduo e à saúde pública, pois impedem que medidas duvidosas sejam difundidas, como foi o caso da “pílula do câncer”.¹³³

Nesse sentido, uma boa alternativa ao enfrentamento do problema de escassez de recursos depende uma lógica de médio-longo prazo, por meio da fixação de metas no tempo,

¹³¹ Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.” BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da união, v. 20, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em 07 nov. 2019.

¹³² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 45.

por ser esta uma abordagem que melhor corresponde a programaticidade do orçamento destinado ao cumprimento das políticas públicas.

Em linha de conclusão, pode-se verificar que o controle judicial nas políticas públicas, em especial no âmbito da saúde, é um tema até hoje controverso. A doutrina e a jurisprudência já há muito tem evoluído na identificação dos problemas e nas propostas de solução, embora ainda não haja um consenso.

Fato é que não se pode negar os impactos que uma política não implementada, ou por essência insuficiente, podem acarretar na saúde da população. São inúmeros hoje os casos de “vida ou morte” descritos em processos judiciais, de modo que o sistema de justiça, mesmo que não isento de críticas, por vezes representa o único meio de garantia dos anseios sociais. Por certo, aqui não se referenda o paroxismo judicial aludido por Bucci, mas sim, o aprimoramento dos meios de intervenção, com vistas ao alcance dos fins sociais.

Do outro lado da moeda, evidenciou-se, aqui, o efeito prejudicial que um controle judicial inconsequente pode gerar na administração pública, desorganizando o quadro das políticas públicas ou até mesmo redefinindo o seu ciclo. Sob este cenário, o poder público verdadeiramente se vê entre a cruz e a espada. Ou, em tradução jurídica, entre o dever de efetivação dos direitos fundamentais e as restrições de natureza orçamentária.

Nesse sentido, para que se possa conciliar ambos os cenários é imprescindível que haja um maior diálogo institucional. E diálogo em sua acepção mais simples, ou seja, a troca de experiências entre os diferentes atores que influem em algum aspecto da política pública – incluindo o Judiciário, responsável pela sua fiscalização – para um melhor entendimento de um determinado quadro, as dificuldades apresentadas, os possíveis prognósticos, entre outros meios de *feedback*.

Enfim, é preciso que seja superada a nociva disputa de interesses entre a administração pública, seus órgãos assessores - como é o caso das Procuradorias - e o Poder Judiciário, amalgamada por um sistema processual ainda muito pautado pela litigância dualista, que determina vencedores ou perdedores, quando, ao final, o que está em jogo são os interesses coletivos em sentido amplo.

Felizmente, estão florescendo exemplos de boas práticas no âmbito da saúde, como é o caso do Comitê Executivo Estado do Paraná, instalado no ano de 2011, que vem se destacando no uso das NAT-JUS (Núcleo de Atendimento Técnico), que oferecem pareceres médicos e farmacêuticos aos juízes, com o intuito de proporcionar um embasamento técnico-científico adequado às suas decisões. Para isso, firmou-se um Convênio inovador entre o Hospital das Clínicas, a Universidade Estadual de Londrina (UEL), o Município de Curitiba e a Secretaria de Saúde.¹³⁴

Outro exemplo advém da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, que possui um núcleo especializado sobre o tema, o “PGE-Saúde”, do qual são integrantes Procuradores do Estado, dirigentes de saúde da capital e interior, secretaria de saúde, profissionais da área médica e demais assessores jurídicos. Lá, são apuradas as políticas pendentes de cumprimento judicial e estratégias de atuação, de modo a qualificar a fundamentação dos Procuradores do Estado no que se refere ao quadro das políticas de saúde levadas à cabo pelo Executivo local.¹³⁵

Por tanto, na medida em que ações como essas forem surgindo, certamente se estabelecerá um cenário mais promissor de combate a judicialização excessiva. Assim, é necessário conformar em padrões razoáveis a imensa transferência de recursos públicos voltados ao cumprimento de ações judiciais e que seriam originariamente destinados à manutenção do sistema de saúde. Do outro lado da mesma moeda, o Judiciário urge por uma solução para o número de demandas sobre a matéria.

De todo modo, a tendência é de que as estratégias para a diminuição desses conflitos se voltem para o coletivo, de modo a superar a lógica da micro justiça, representada por inúmeras ações individuais requerendo a prestação de bens ou serviços de saúde. Sobre este ponto, conclui Alessandra Gotti:

Por se tratar de um problema estrutural, que requer foco no planejamento das ações, delineamento de metas ao longo de um espaço temporal, mobilização de recursos e controle eficaz, a simples adjudicação do objeto, com a determinação compulsória do fornecimento

¹³⁴ Sobre o Comitê Executivo do Paraná: <gazetadopovo.com.br/parana/decisoes-judiciais-remedios-alto-custo/>; <https://www.tjpr.jus.br/judicializacao-da-saude-comite-executivo-de-saude>. Acesso em 11 nov. 2019.

¹³⁵ AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há Direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 97-98.

de medicamentos e tratamentos médicos, sem o necessário “olhar” para a política pública universal é um paliativo.¹³⁶

Portanto, eis que a concessão de meros paliativos ao problema, acaba por restringir o direito daquele indivíduo que depende do acesso dos serviços regularmente oferecidos pelo SUS. Se assim seguir, o sistema que foi inicialmente projetado por ideais de justiça social corre o risco de se tornar profundamente injusto.

Nesse sentido, a abordagem do controle judicial de políticas pelas ações coletivas permitem uma visão holística de todo o sistema, sendo um âmbito mais apropriado para lidar com a conjugação dos diversos interesses sociais presentes nas demandas em saúde, tendo como fundamento de análise a denominada macro justiça.

Isto posto, o próximo capítulo se propõe a discutir o manejo de uma das principais ações coletivas: a ação civil pública. Embora a sua utilização neste âmbito seja amplamente conhecida, se buscará evidenciar algumas novidades a ela incorporadas, referentes aos denominados litígios complexos ou estruturais.

¹³⁶ GOTTI, Alessandra. Judicialização da saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da Saúde: a visão do Poder Executivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2017, p. 201.

4 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PROCESSUAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Como já anunciado, o objeto de estudo do presente capítulo reside na análise da ação civil pública (ACP), instituída pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985,¹³⁷ especialmente no que se refere à sua utilização como instrumento de implementação de políticas públicas no âmbito da saúde. É, portanto, o ponto nevrálgico da pesquisa, e que ora se poderá discutir com maior clareza, dado o arcabouço teórico já sedimentado.

A abordagem ora proposta tem como fonte as célebres lições de Cândido Rangel Dinamarco acerca da instrumentalidade do processo, e ao que ele denomina de sua função teleológica. Nesta concepção, o processo não seria visto apenas com um meio, mas também como instrumento de alcance “dos resultados que dele espera a nação”, sendo capaz de “possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados”.¹³⁸

Isso também implica considerar a influência política do processo, uma vez considerado “como algo de que o Estado se serve para a consecução dos objetivos políticos que se situam por trás da lei”.¹³⁹ Todas essas considerações, portanto, muito bem correspondem ao manejo das ações coletivas, na medida em que admitem a participação da sociedade nas questões que lhe digam respeito, sejam como próprios titulares da ação ou por meio de agentes estatais legitimados para tal, como é o caso do MP na ACP (art. 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/85).

A propósito, cumpre ressaltar que a ACP é apenas um espécie de ação coletiva *strictu sensu*, assim como a ação popular (art. 5º, inciso LXXIII, da CRFB/88 e Lei nº 4.717/65), o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX, da CRFB/88 e Lei nº 12.016/09) e a ação de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CRFB/88 e Lei nº 8.429/92), para citar apenas estas, e integra o gênero “processos coletivos” *lato sensu*, que além das ações coletivas *strictu*

¹³⁷ BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

¹³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p.179.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 199-200.

sensu, comporta o incidente de julgamento de casos repetitivos, conforme o art. 928 do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, embora apenas aquelas sejam objeto deste trabalho.¹⁴⁰

Ademais, sob o pano de fundo das ações coletivas é usual a vinculação de seu objeto ao interesse público. Neste tocante, Hugo Nigro Mazzilli ressalta que nem sempre o interesse do Estado coaduna com o da coletividade. Em verdade, a noção de interesse público como sinônimo de coletivo é um equívoco que hoje tem sido a regra. Assim, em função do próprio tratamento legal, por vezes não diz respeito apenas a clássica definição de interesse público como aquele do Estado oposto ao do particular, mas também ao de interesse coletivo.¹⁴¹

Seriam, portanto, interesses decorrentes da ascensão e declínio do sistema normativo implementado pelo *welfare state*, que, como já abordado, influenciou decisivamente para a invasão do direito na vida social e para o protagonismo judicial. Mas para a superação das deficiências referentes a efetiva proteção dos direitos sociais institucionalizados, necessário foi o surgimento de um espaço de autoafirmação desses direitos, independente do poder regulador do Estado. Sobre este quadro, são assertivas as lições de Werneck e Burgos:

“Transita-se, pois, do direito público objetivo, terreno dos direitos de bem-estar social, vinculados em geral a grupos sociais organizados, para o direito subjetivo público, terreno dos dissídios complexos que contrapõem o cidadão singular ou um grupo de cidadãos, independentemente de estes conformarem ou não uma identidade social particular, ao Estado e a suas políticas.”¹⁴²

Sobre estas considerações, cumpre observar que em meio a uma sociedade de relações cada vez mais complexas, que exigem do ordenamento jurídico a difícil tarefa de um exercício criativo correspondente, toma evidência a conflituosidade¹⁴³ presente nos direitos que procuram atender o interesse coletivo, a ponto de se tornar parte característica de seu conteúdo.

¹⁴⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12. ed. vol. 4. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 39.

¹⁴¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2007, p. 45-46.

¹⁴² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimp. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 382.

¹⁴³ Segundo Edilson Vitorelli: “Conflituosidade é o indicador que dá conta do grau de dissenso existente entre os integrantes da sociedade titular do direito litigioso”. VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 273.

Isto leva ao ponto de não mais falarmos em apenas um único interesse coletivo ou bem comum, pois o que pode ser benéfico para um grupo, pode não o ser para o outro.¹⁴⁴

Dadas essas considerações, parte-se para uma maior análise dos interesses transindividuais, traçando os conceitos gerais atinentes a cada espécie. Tal abordagem se faz relevante na medida em que a ACP tem por escopo a sua tutela. Além do fato de que o próprio direito à saúde, seja em sua acepção subjetiva ou coletiva, pode ser objeto de tutela coletiva, a depender da origem do elo fático ou jurídico que clama a necessidade de um tratamento processual comum.

4.1 Os direitos transindividuais como objeto da ação civil pública

Os interesses transindividuais ou coletivos em sentido *lato* (pois mais abrangentes), são objetos das chamadas ações coletivas. O termo transindividual é empregado em razão de sua transcendência da esfera particular, uma vez que não pode ser encarado de forma isolada ou restrito a um determinado número de pessoas.

Eis que o direito fundamental à saúde também possui um caráter transindividual, pois, ligado ao princípio da dignidade humana, reflete em todos os âmbitos da vida social.¹⁴⁵ Ademais, considerando a relevância pública atribuída às ações e serviços de saúde pelo art. 197 da CRFB/88, tem-se que a sua tutela efetiva constitui uma das funções institucionais do MP, na forma do que dispõe o art. 129, inciso II, da CRFB.¹⁴⁶

Os interesses transindividuais foram resguardados pela LACP, em seu art. 1º, que regula as ações indenizatórias por danos causados: ao meio ambiente (inciso I); ao consumidor (inciso II); a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (inciso IV); ao patrimônio público e social (inciso VIII); entre outros previstos no mesmo artigo. Mais tarde, estes vieram a ser

¹⁴⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 47-48.

¹⁴⁵ ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010, p. 119-120. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10313>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

¹⁴⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; (...). BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. D.O.U de 5.10.1988. Planalto, online. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

incorporados pelo mencionado art. 129, inciso III, da CRFB/88, que atribui ao MP a promoção do “inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)”.¹⁴⁷

Como já anunciado, nosso ordenamento jurídico reconheceu a competência de atores específicos legitimados de forma extraordinária para a propositura da ACP com vistas à garantia dos interesses transindividuais perante o Poder Judiciário, com destaque para o Ministério Público e a Defensoria Pública (como já reconhecido pelo STF).¹⁴⁸ A legitimidade de ambas as instituições se encontram no art. 5º, incisos I e II, da LACP, embora o enfoque deste tópico se volte a atuação do MP em específico. Com efeito, compreendem-se dentre as funções essenciais da justiça, de que dispõe o capítulo IV, do Título IV, da CRFB.

Vale ainda ressaltar que os interesses transindividuais não se confundem com os direitos individuais indisponíveis (embora daqueles também não se possa dispor), dentre os quais se inserem o direito à vida e à dignidade. Embora estes também possam ser protegidos pelo MP, por meio da ACP (art. 6º, inciso VII, alínea “c” da Lei Complementar nº 75/93),¹⁴⁹ constituem, em verdade, direitos individuais, sendo possível a individualização da pretensão de cada um de seus titulares. Diferentemente dos interesses transindividuais, que estão localizados a meio termo entre o público e o privado. São, no limite, “interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público”.¹⁵⁰

No que tange ao aspecto processual dos direitos transindividuais, Mazzilli entende que o que os caracteriza como uma categoria de tutela diferenciada é, principalmente, o aspecto qualitativo residente na conformação de interesses individuais múltiplos em um mesmo âmbito de cognição jurisdicional. Isto porque este “não apenas deve ser apto a evitar decisões

¹⁴⁷ BRASIL. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. D.O.U de 5.10.1988. Planalto, online. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹⁴⁸ STF – ADI: 3943 DF, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Data de Julgamento: 18/02/2010. Data de divulgação: 26/02/2010. Data de Publicação: 01/03/2010.

¹⁴⁹ Art. 6º Compete ao Ministério Público da União (...) VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para (...) c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor; (...). BRASIL. Casa Civil. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹⁵⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 48.

contraditórias como ainda deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo é exercido de uma só vez, em proveito de todo grupo lesado”.¹⁵¹

Ainda segundo o autor, outras são as características da tutela coletiva, dentre as quais: a reunião dos interesses de determinado grupo (comunidade, categoria ou classe, em específico);¹⁵² o caráter conflituoso dos interesse envolvidos, daí a denominação litígios coletivos; a legitimidade ativa extraordinária para o seu ajuizamento, por meio da qual um ente estatal alheio aos interesses discutidos fica legalmente responsável pela defesa destes em juízo; a disposição de um fundo próprio para percepção da verba indenizatória; os efeitos *erga omnes* ou *ultra partes* da coisa julgada; o princípio da economia processual.¹⁵³

Nesse sentido, podem comportar interesses particulares coletivamente considerados, em se tratando de direitos individuais homogêneos, ou aqueles que digam respeito a uma ampla gama de indivíduos, determináveis ou não, de acordo com o contexto jurídico ou fático que os integra, em se tratando de direitos difusos ou coletivos *strictu sensu*. Neste sentido, é a disposição apresentada pelo parágrafo único do art. 81 do CDC, aplicável a ação civil pública, por força do art. 21 da LACP, que “criou um microssistema de tutela jurisdicional coletiva comum”.¹⁵⁴ Segue a sua redação:

(...) A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.¹⁵⁵

Considerada essa diferenciação, se depreende que apenas os interesses individuais homogêneos se caracterizam como divisíveis. Isto porque, aqui, o dano ou a

¹⁵¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 48.

¹⁵² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12. ed. vol. 4. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 35.

¹⁵³ MAZZILLI, Hugo Nigro, op. cit., p. 49-50.

¹⁵⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Edis (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 242.

¹⁵⁵ BRASIL. Casa Civil. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

responsabilidade pelo dano podem ser particularizados em meio ao todo. Além disso, seus titulares podem ser determinados ou determináveis, assim como nos interesses coletivos *strictu sensu*, embora neste ponto se diferenciem pelo vínculo que os une. Enquanto os coletivos possuem uma mesma relação jurídica, os individuais homogêneos compartilham a origem da lesão.

Por outro lado, consideram-se indivisíveis os interesses difusos, uma vez que “o próprio interesse em disputa é indivisível”, e os coletivos *strictu sensu*, tendo em vista que a decisão que venha a resolver um conflito coletivo “deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo”.¹⁵⁶ Estes ainda se distinguem quanto aos seus titulares e a sua origem. Os difusos abrangem sujeitos indetermináveis, em razão da incapacidade de se quantificar todos aqueles que foram atingidos direta ou reflexamente por uma mesmo fato. Já os coletivos representam sujeitos determináveis, unidos por uma relação jurídica básica.

Impende ainda destacar que embora os interesses difusos e individuais homogêneos vinculem os seus titulares a uma mesma situação fática, também é certo dizer que, sob o pano de fundo, subsiste entre eles uma relação jurídica comum, assim como nos interesses coletivos *strictu sensu*. E o oposto também procede, uma vez que, para que se enseje um dano coletivo decorrente de uma relação jurídica, há de haver uma situação de fato que o antecedeu. Entretanto, não é isto que os determina de forma direta.¹⁵⁷

Ademais, Mazzilli ressalta que, a depender da abrangência do interesse difuso, este poderá coincidir, em maior ou menor grau, com o interesse público. Por outro lado, também podem ser postos em conflito com o interesse de determinado grupo ou com o do próprio Estado.¹⁵⁸ Em suma, pode-se dizer que os interesses difusos “não são interesses nem coletivos nem públicos, mas – segundo a abrangência – são mais amplos que o interesse público, pois se referem ao homem e não ao cidadão”.¹⁵⁹

¹⁵⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 52-53.

¹⁵⁷ Ibid., p. 54-55.

¹⁵⁸ Ibid., p. 51.

¹⁵⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi et al. **Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo**. Revista de Saúde Pública. v. 30. 1996, p. 594. Disponível em: <https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89101996000600014&script=sci_abstract>. Acesso em: 17 nov. 2019.

Mesmo com todas essas diferenciações, é possível que em uma mesma ação civil pública ou outra ação coletiva esteja presente mais de uma espécie de direito transindividual ou coletivo *lato sensu*. De igual modo, nada impede que um mesmo interesse seja, ao mesmo tempo, difuso, coletivo e individual homogêneo. Não obstante, o que determinará a tutela específica de cada espécie de interesses, quando estes estiverem presentes em uma mesma ação ou situação fático-jurídica, é a sua especificação no pedido. Assim, o próprio juízo é quem discernirá, na sentença, a tutela cabível para cada categoria de interesse envolvido.¹⁶⁰

Neste ponto, cumpre fazer um paralelo entre o direito a saúde e todos os interesses transindividuais aqui explicitados. Por certo, a saúde é um exemplo fascinante, pois é capaz de compreender em seu conteúdo todos os interesses aqui expostos. Por exemplo: as ações e serviços de saúde e sua relevância pública, sejam eles prestados pelo SUS ou pelo setor suplementar; os fatores epidemiológicos afetos à população; as ações de vigilância sanitária; as políticas preventivas de doenças infectocontagiosas ou crônicas; enfim, todas elas evidenciam o caráter difuso do direito à saúde.¹⁶¹

Sedimentada a teoria dos interesses transindividuais, parte-se então para análise da ação civil pública, especialmente no que se refere a alguns de seus aspectos históricos e seu regime jurídico.

4.2 Algumas considerações sobre a ação civil pública e seu regime jurídico

A nossa ação civil pública, regulada pela lei nº 7.347/85, foi diretamente inspirada nas chamadas *class actions* do direito norte-americano. Lá, esse instituto processual se desenvolveu sob uma forte identidade de classes, composta por grupos que compartilham interesses em comum.¹⁶² Apesar dos diferentes contornos jurídico, o sistema processual de ações coletivas, no qual se insere a ACP, representou, no mundo todo, uma conquista da segunda

¹⁶⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 56-57.

¹⁶¹ GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A tutela individual e coletiva do direito à saúde pelo Ministério Público**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 8, 2016, p. 135. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/209>. Acesso em: 19 nov. 2019.

¹⁶² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimp. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 390-391.

onda renovatória do acesso à justiça, teorizada por Mauro Cappelletti e Garty Bryant e Ellen Gracie Northfleet, cujo objeto central foi a questão da representação dos interesses difusos.¹⁶³

No Brasil, a ACP representou um grande marco institucional na tutela dos interesses coletivos em sentido amplo.¹⁶⁴ Dentre suas principais disposições, estão a previsão de um rol de legitimados à sua propositura (art. 5º, da LACP), seguido de uma abertura processual para a habilitação de litisconsortes (§ 2º do art. 5º, da LACP); a coisa julgada coletiva, que dota a sentença de efeitos *erga omnes*, nos limites da competência territorial do juízo que a prolatou (art. 16, da LACP).

Anos mais tarde, com o advento da Constituição de 1988, a ACP alçou *ao status* de verdadeira garantia (processual) constitucional fundamental.¹⁶⁵ Com efeito, ampliou o rol de interesses passíveis de tutela pela ACP, derrubando a anterior taxatividade de seu objeto, em razão de um veto que sofreu inicialmente (art. 129, inciso III da CRFB/88 e art. 1º, inciso IV, da LACP). Consagrou, ainda, um amplo acesso à justiça pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da CRFB), além de prever a legitimação de terceiros, além do MP (art. 129, § 1º, da CRFB/88).

Com a previsão do constitucional do princípio da não taxatividade, representado pela expressão “e de outros interesses difusos e coletivos”, contida no inciso III do art. 129 da CRFB/88, a ACP toma maior relevância, pois seu objeto é ampliado. Além disso, do “princípio da legitimidade ativa coletiva concorrente e pluralista”¹⁶⁶, expresso no art. 129, § 1º, da CRFB/88, atribuiu um caráter mais democrático as ações coletivas, inclusive a ACP, pois diminui o protagonismo do MP (embora não o desconstrua), na medida em que possibilita o seu ajuizamento por organizações sociais, como as associações (art. 5º, inciso V, da LACP).

Neste ponto, tomando como referência a pesquisa empírica realizada por Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, observa-se que a previsão da legitimidade das associações

¹⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G.; NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Acesso à justiça**. SA Fabris, 1988, p. 18. Disponível em: <academia.edu/6522484/MAURO_CAPPELLETTI_ACESSO_À_JUSTIÇA>. Acesso em: 23 nov. 2019.

¹⁶⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Edis (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 242.

¹⁶⁵ Ibid., p. 251.

¹⁶⁶ Ibid., p. 243.

para a propositura da ACP não representou letra morta. Muito pelo contrário. Tendo como amostra 30% das ACP's em trâmite perante a 1ª instância da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, e dos inquéritos e procedimentos nas promotorias de defesa de direitos coletivos do MP-RJ, constatou-se que, no período de 1996 a 2001, as ACP's ajuizadas por organizações da sociedade civil representaram 37,7% do total de ações, quase ao alcance dos 42,7% do MP.¹⁶⁷

Apesar de antiga, esta pesquisa representa o potencial da ACP como um novo espaço democrático, pois evidencia essa ação como um importante instrumento de participação social com vistas à proteção dos interesses coletivos em sentido amplo, à fiscalização dos atos do poder público, ou até mesmo como meio para a aquisição de novos direitos, mediante a judicialização de questões atinentes a execução de políticas públicas.

E a crescente relevância da ACP nesse âmbito já havia sido anunciada por Werneck e Burgos. Segundo eles, “isso significa que o espaço aberto pela Constituição de 1988 vem sendo ocupado, e que a arena das ações civis públicas é crescentemente percebida como lugar de afirmação de direitos em face do Estado”.¹⁶⁸

Ademais, uma das principais marcas da ACP continua sendo a intensa participação do MP, que no processo civil pode atuar como parte, fiscal da lei (*custos legis*) ou auxiliar, sendo apenas as duas primeiras admitidas pela LACP, em seu art. 5º, § 1º. Tanto na ACP, como em outras ações coletivas, sua legitimidade se dá de forma extraordinária, pois lhe é permitido atuar como parte na defesa de interesse alheio, a saber, o interesse público, conforme se extrai da leitura do art. 5º, inciso I da LACP, do art. 129, incisos II e III, da CRFB/88 e do art. 1º da lei complementar nº 40 de 1981, que dispôs sobre a organização do MP.

A propósito, Rodolfo de Camargo Mancuso ressalta que este conceito de legitimidade extraordinária não seria muito apropriado no que se refere a tutela de interesses difusos. Neste caso, o autor afirma que “o Ministério público, enquanto instituição co-legitimada para a sua tutela, também tem interesse – e superlativamente qualificado – em que aquela tutela ocorra e

¹⁶⁷ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimp. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 433.

¹⁶⁸ Ibid., p. 466.

seja eficaz”.¹⁶⁹ No mesmo sentido, assevera Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, sobre o ajuizamento da ACP pelo MP: “Não se trata de substituição processual, pois a atuação do MP se dá nessa hipótese, em nome próprio, defendendo interesse público, lato sensu, do qual é titular como órgão do Estado, da própria sociedade como um todo”.¹⁷⁰

Ainda sobre este ponto, muito se discute sobre a legitimidade democrática contida na atuação dos legitimados a sua propositura, quando de uma suposta consecução do interesse público. Acontece que, como ressaltado anteriormente, a própria noção de “interesse público” é muito relativa. Dada a complexidade contida nos litígios envolvendo interesses transindividuais, é possível que, muitas vezes, estes venham a não coincidir com o interesse do Estado, como pessoa jurídica, ou sejam divergentes até mesmo entre os indivíduos de um mesmo grupo.¹⁷¹

E no que se refere a atuação do MP, não é diferente. Isto porque, sob o pressuposto da consecução do interesse público, por vezes, corre o risco de exercer uma “intervenção substitutiva das associações, reeditando práticas paternalistas e confundindo seus papéis em uma espécie de populismo institucional”.¹⁷² Este, sem dúvida, é um desafio a ser enfrentado por todas as instituições da democracia brasileira, mas que pode ser superado na medida em que estas se mostrem abertas ao diálogo institucional e a participação popular, que, especialmente no âmbito da saúde, é quem realmente vivencia as principais deficiências do sistema.

Nesse sentido, existem ferramentas das quais o MP pode se valer que representam um terreno propício para uma maior abertura institucional, bem como para o incremento de sua bagagem técnica. É o caso do inquérito civil público (art. 8º, § 1º, da LACP), que o dota de poderes de investigação, e o termo de ajustamento de conduta, os TAC’s (art. 5º, § 6º, da LACP), para a formulação de acordos com os órgãos interessados na demanda. Todas essas

¹⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. Lei 7.347/1985. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 123-124.

¹⁷⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. **O ministério público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 23.

¹⁷¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 51.

¹⁷² VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimp. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 389.

atribuições, segundo Werneck e Burgos, vieram a “converter o Ministério Público em uma arena complementar ao Judiciário, funcionando ora como ante-sala do processo judicial, ora como instância de resolução extrajudicial de conflitos”.¹⁷³

Para estabelecer um paralelo entre esta afirmativa e as políticas públicas de saúde, vale trazer à baila os estudos de Felipe Asensi sobre a experiência do MP-RS no município de Porto Alegre e sua atuação conjunta com o Conselho Estadual de Saúde. Ciente da força política e social desses Conselhos como instrumento de abertura a participação da sociedade civil, o MP local, com a cooperação do MPF, passou a fazer uso de audiências públicas como uma forma de estímulo o diálogo institucional com a sociedade civil e membros da gestão, na formulação de estratégias para a resolução de conflitos em saúde.¹⁷⁴

Tomando por exemplo essa experiência, Asensi dá ênfase à juridicização como uma alternativa à judicialização. Segundo o autor, essa vertente representa a assimilação dos mecanismos de resolução de demandas sociais pelo direito que sejam externos ao âmbito da litigância judicial. Isto além de atender com maior rapidez as demandas em saúde, permitiria a criação de estratégias mais efetivas para a gestão das ações e serviços prestados. Tem por escopo “o consenso pelo diálogo, ou seja, a ênfase num processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores cujo resultado é construído consensualmente”¹⁷⁵

Seus estudos demonstram que isto tem proporcionado uma valorização do próprio MP, como instituição, na medida em que lhe confere uma maior capacitação técnica sobre a estrutura do sistema de saúde e oferece instrumentos de avaliação e monitoramento da pertinência de sua atuação, que poderá se dar em maior sintonia aos interesses coletivos. Além disso, evita o atropelamento dos demais atores responsáveis pela formulação, execução e fiscalização das políticas de saúde.¹⁷⁶

Diante desse avanços, Asensi revela que o MP-RS tem tratado o manejo da ação civil público no âmbito das políticas públicas de saúde como última opção. Antes, tem priorizado o

¹⁷³ Ibid., p. 402.

¹⁷⁴ ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010, p. 119-120. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10313>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

¹⁷⁵ Ibid., p. 97.

¹⁷⁶ Ibid., p. 128.

diálogo institucional e outros meios de resolução de conflitos que passam longe dos Tribunais, como pactos, negociações e consensos extrajudiciais, com destaque à utilização do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Conforme o autor, “os próprios membros do MP reconhecem que, na área da saúde, a rapidez na solução dos problemas está diretamente relacionada à dinamicidade e à maleabilidade dos instrumentos de concretização de direitos”.¹⁷⁷

Isto é capaz de sedimentar duas afirmativas que vem sendo construídas ao longo deste trabalho: as demandas em matéria de políticas públicas que se pretendam bem sucedidas devem ser desenvolvidas no plano macro, para que, assim, se possa corresponder aos arranjos institucionais complexos referidos por Bucci.¹⁷⁸ Além disso, evidenciam que o próprio sistema de justiça vem assimilando a ideia de que uma resolução mais efetiva à essas demandas deve superar o modelo dualista do processo civil com vistas ao atendimento de litígios complexos.

4.3 A ação civil pública e as decisões estruturais sobre litígios complexos: reflexões sobre a necessidade de uma nova abordagem jurídico-institucional no controle judicial de políticas públicas de saúde

Os litígios complexos ou multipolares, são assim denominados pois envolvem a gestão de interesses múltiplos, que, por vezes, podem não coincidir. Representam, assim, o oposto do “litígio tradicional, de estrutural bipolar”,¹⁷⁹ nas palavras de Sérgio Cruz Arenhart, uma vez que admitem a conflituosidade inerente à tutela dos interesses coletivos, cujo tratamento processual deve se dar de forma muito mais abrangente, principalmente em matéria de políticas públicas.

Nesse sentido, são implementadas decisões estruturais, também denominadas de *structural injunctions*, para a resolução desses litígios. Como muito bem conceituado pelos processualistas Fredie Didier Jr., Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira:

¹⁷⁷ ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010, p. 130. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10313>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

¹⁷⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Controle Judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**. Fórum Administrativo–Direito Público–FA, Belo Horizonte, v. 9, 2009, p. 11. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/45236948_Control_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites>. Acesso em 5 nov. 2019.

¹⁷⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 799.

A decisão estrutural (*structural injunction*) é, pois, aquela que busca implantar uma reforma estrutural (*structural reform*) em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos. Por isso, o processo em que ela se constrói é chamado de processo estrutural. Parta-se da premissa de que a ameaça ou a lesão que as organizações burocráticas representam para a efetividade das normas constitucionais não pode ser eliminada sem que tais organizações sejam reconstruídas.¹⁸⁰

Dessa definição se conclui que as decisões estruturais não se resumem à resolução de conflitos bem definidos, aptos a satisfazer interesses individuais opostos. Antes, abrangem aspectos que dizem respeito a vida das instituições e de como estas tem organizado os meios à sua disposição para a realização dos ideais constitucionais, mesmo que, para isso, seja necessário a transformação de todo o sistema, de modo a atingir o âmago do problema.

São, pois, fruto de uma construção jurisprudencial do direito norte-americano, tendo como paradigma um julgado de 1954 da Suprema Corte Estadunidense no caso *Brown v. Board of Education*, que deu fim a um sistema escolar segregacionista, determinando a unificação das escolas, sem distinção racial. Esse precedente veio a estimular um movimento de reforma social em diversas instituições do país, especialmente no sistema prisional.¹⁸¹

A propósito, o desenvolvimento das *structural injunctions* nos EUA é muito bem descrito pelo professor Owen Fiss, que tem sido um grande expoente sobre o tema. Segundo ele, trata-se de um lógica de superação do processo tradicional de resolução de disputas, que acaba por restringir o potencial de transformação social da lei. As *injunctions* representariam, então, um modelo que “visa não apenas acabar com um incidente que perturba o *status quo*, mas para mudar o estado de coisas atual e criar um novo *status quo*”.¹⁸²

Desse modo, cumpre observar que o modelo de resolução de disputas a que se refere o autor, herda resquícios da clássica concepção do juiz como mero reprodutor da lei, restringindo o seu papel à resolução de litígios individuais, a partir da aplicação de regras claras e conhecidas, de modo a restabelecer a paz. À primeira vista, pode até ser que este método

¹⁸⁰ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: *Ibid.*, p. 341.

¹⁸¹ FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz, JOBIM, Marco Félix (org.). *Processos estruturais*. 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 773.

¹⁸² *Ibid.*, p. 781.

ponha fim ao conflito instaurado, mas, a longo prazo, pode ignorar inúmeros fatores subjacentes ao mesmo, que podem fazê-lo ressurgir sob outro aspecto ou até mais intenso do que antes.¹⁸³

Nesse sentido, nosso sistema processual acaba se apresentando como óbice ao tratamento de interesses transindividuais em matéria de políticas públicas, como bem nos ensina Sérgio Cruz Arenhart.¹⁸⁴ Dentre os fatores limitantes, destaca-se o princípio da congruência, que exige a conformação da decisão judicial ao pedido, como preveem os artigos 141 e 492 do CPC/2015, segundo os quais: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes (...)”; ou: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida (...)”; respectivamente.¹⁸⁵ E o pedido, por sua vez, deve ser certo e determinado (art. 322 e 324 do CPC/2015).

Isto, por si só, causa uma extrema limitação a solução do problema, pois restringe abordagens que atendam à dinamicidade das demandas coletivas e que prevejam uma solução mais abrangente para uma justa satisfação dos diversos interesses envolvidos na causa. Com essa observação, não se está a ignorar os riscos de decisões que exerçam um maior grau de liberdade de intervenção. Inclusive, já se apontam críticas recorrentes ao processo estrutural, tais como: a atribuição de uma função executiva ao juiz, que é um ator limitado para tal; as limitações práticas à realização de medidas estruturais; e o estímulo a uma cidadania passiva.¹⁸⁶

Não obstante, os Tribunais brasileiros, cientes das rigidez dessa abordagem processual dualista, estão passando a adotar medidas estruturais em suas decisões, características das *structural injunctions*, com o objetivo de conferir maior eficiência processual ao controle de políticas públicas. É certo que tais decisões ainda são pontuais, mas já é possível verificar a existência de alguns casos paradigmáticos, que a despeito de serem positivos ou não, representam uma nova abordagem processual para a tutela dos direitos coletivos e que merecem uma especial discussão.

¹⁸³ Ibid., p. 794.

¹⁸⁴ ARENHART, Sérgio Cruz, p. 19. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. 2016. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/35045>>. Acesso em 22 nov. 2019.

¹⁸⁵ BRASIL. Secretaria-Geral. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁸⁶ VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 277.

Isto posto, evidencia-se a razão pela qual os litígios estruturais apresentam-se como um tema quase incontornável ao objeto de estudo desta pesquisa. Isto porque, em grande parte dos casos, observa-se que esses litígios nascem como uma ação civil pública, mas com o seu desenrolar passam a comportar uma multiplicidade de interesses por vezes conflitantes entre si.¹⁸⁷ A este ponto, assumem uma complexidade que transcende a representação processual bipolar. E conforme a professora Consuelo Yoshida, isto acontece porque:

“Ações civis públicas muitas vezes envolvem conflitos metaindividuais de grande complexidade, que estão associados à falta de políticas públicas adequadas e/ou à prestação de serviços públicos ineficientes por carência de infraestrutura e/ou de delimitação das competências, atribuições e responsabilidades dos órgãos públicos e setores econômicos envolvidos, inexistindo atuação coordenada e integrada entre eles”.¹⁸⁸

Não obstante, a complexidade dos litígios que envolvem políticas públicas, um dos objetos de tutela da ACP - apesar de afeto à todas as áreas de atuação do Estado, na medida em que envolvem arranjos institucionais complexos - se evidencia de forma mais acentuada no âmbito da saúde. E como explicitado no capítulo 1 deste trabalho, isto se deve em razão do próprio desenho jurídico-institucional do SUS, que possui diversos instrumentos normativos, muitas vezes desarticulados entre si e de difícil entendimento tanto para a população, quanto para os juízes e demais membros do sistema de justiça, além de exigir a colaboração de diversos atores e a repartição de competências e responsabilidades, questão esta que, até hoje, é motivo de muita controvérsia.

Assim, observa-se a ACP como um terreno fértil para o desenvolvimento de litígios estruturais em matéria de políticas públicas, seja no âmbito da saúde ou em outros campos que apresentem o mesmo grau de complexidade, muito em razão da amplitude de seu objeto na tutela de interesses transindividuais, o que lhe atribui a difícil tarefa de administrar (em um

¹⁸⁷ Esta afirmação tem como referência às análises do professor Sérgio Cruz Arenhart sobre o caso Albergue Estadual de Uruguaiana. Trata-se de uma ACP proposta pelo MP-RS, em face do Estado do Rio Grande do Sul, tendo por objeto a reforma do sistema penitenciário local, que apresentava condições inadequadas para o abrigo dos detentos. A ação findou no STF, em sede do Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, ocasião em que houve a habilitação de 15 Estados da Federação como *amicus curiae*, perfazendo um total de 18 interessados na causa. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 801.

¹⁸⁸ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A ação civil pública: aspectos evolutivos e tendências. Protagonismo, integração e gestão participativa dos conflitos. Legitimidade e efetividade do processo decisório. In: MILARÉ, Edis (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 169.

único âmbito de cognição judicial), múltiplos polos de interesse, e não apenas a pretensão bem delimitada do autor face à resistência do réu.

Pois bem, para um melhor entendimento das questões que envolvem um litígio estrutural e a sua aplicabilidade no direito brasileiro, parto para a análise de alguns casos da jurisprudência pátria. Embora o objeto do presente estudo seja a saúde, ressalta-se que os casos mais paradigmáticos sobre a matéria tem se dado em matéria ambiental, como é o caso da ACP do carvão, iniciada no ano de 1993, que propôs a implementação de um amplo projeto de recuperação ambiental da área afetada pela mineração de carvão na cidade de Criciúma, em Santa Catarina.¹⁸⁹

Tivemos também, mais recentemente, o caso de Brumadinho-MG, em que foi instaurada uma ACP pelo MPF objetivando a reparação dos danos causados ao meio ambiente e às famílias afetadas pelo desastre, além de propor a adoção de medidas estruturais para a revisão das políticas atinentes às barragens no Estado de Minas Gerais.¹⁹⁰ Por certo, todos esses casos servem de laboratório para a discussão sobre os contornos dos litígios estruturais. No entanto, dada a limitação do objeto desta pesquisa,¹⁹¹ pretende-se focar em sua aplicação no âmbito da saúde.

Neste intuito, um caso interessante a ser analisado é a ACP nº 2006.001.08264, ajuizada pelo MP-RJ em face do Estado do Rio de Janeiro. A ação teve início a partir de uma inspeção realizada no Hospital Estadual Salgado Filho, cujo relatório foi colacionado ao inquérito civil nº 635/2002. Diante das evidências colhidas, constatou-se a necessidade da adoção de medidas urgentes para suprir a carência do quadro de servidores, diante da precariedade dos serviços prestados pela referida instituição. Assim foi o acórdão proferido pelo TJ-RJ:

Apelação cível. Ação civil pública com preceitos cominatórios visando obrigação de fazer. Legitimidade do Ministério Público (artigo 127 da CF/88). Situação caótica do Hospital Salgado Filho. Dever constitucional do poder público (artigos 5º, *caput*, e

¹⁸⁹ Para um melhor entendimento do caso: ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. 2016. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/35045>>. Acesso em 22 nov. 2019.

¹⁹⁰ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1>. Acesso em: 23 nov. 2019.

¹⁹¹ A propósito, segue um interessante repositório de jurisprudências sobre litígios estruturais, organizado pelo núcleo de direito processual civil comparado da UFPR: Disponível em: <<http://www.politicaeprocessos.ufpr.br/>>. Acesso em 22 nov. 2019.

196) e direito à saúde do cidadão. Fato que atinge, principalmente, a camada mais pobre da população, que não possui plano particular e depende tão somente da rede pública para atendimento. Possibilidade do Judiciário exercer controle de política pública fundamental, fazendo observar os princípios da legalidade e moralidade (artigo 37 da CF). Inexistência de desrespeito à separação dos poderes. Necessidade urgente de contratação de médicos e funcionários técnicos, de modo a permitir o regular funcionamento do hospital. Ausência de comprovação, pelo poder público, da impossibilidade de remanejamento de receita orçamentária. Precedentes do STJ e STF. Recurso provido para que seja cumprido o déficit de pessoal, com a realização de concurso público de provas e títulos para provimento dos cargos de médico e funcionários técnicos, nomeação e posse dos profissionais aprovados no certame, bem como corrigidos os procedimentos e sanadas as irregularidades expostas no relatório do Conselho Nacional de Medicina, no prazo de 6 (seis) meses, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).¹⁹²

Alguns pontos da fundamentação evidenciam a necessidade de mudanças mais abrangentes para uma efetiva transformação do quadro caótico apresentado pelo Hospital, como a determinação da realização de concurso público para suprir a carência do corpo técnico. Poderia se discutir, aqui, uma excessiva interferência do Judiciário, ou admitir-se que este apenas fez valer o direito fundamental à saúde, com a determinação de sua efetiva implementação, diante de uma flagrante inércia do poder público.

Como evidência da atual controvérsia da questão, os autos atualmente se encontram conclusos perante o STF em sede do RE nº 684.612 interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, com repercussão geral reconhecida em 07/02/2014, com “tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição garante especial proteção”.¹⁹³ O recurso está sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, tendo parecer favorável do ex-Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, emitido em 13/09/2017.

¹⁹² TJ-RJ. ACP nº: 0048233-21.2003.8.19.0001 (2006.001.08264) – APELAÇÃO – 1ª Ementa – DES. LUIS FELIPE SALOMÃO – Julgamento: 23/05/2006 – SEXTA CÂMARA CÍVEL.

¹⁹³ EMENTA: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIFICAMENTE QUANTO À SUFICIÊNCIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção. (STF – RG RE: 684612 RJ – RIO DE JANEIRO, Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 06/02/2014, Data de Publicação: DJe-109 06-06-2014).

Um outro caso mais recente é a ACP nº 1013037-67.2018.4.01.3400,¹⁹⁴ em trâmite perante a 21ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal (DF). A ação foi ajuizada em 04/07/2018 pelas Defensorias Públicas do Estado e da União em face do DF, com pedido de tutela provisória de urgência, o qual foi deferido em 15/05/2019, com fundamento na existência da Portaria nº 1.631/2015¹⁹⁵ do Ministério da Saúde, que estipula parâmetros objetivos de disponibilidade mínima de leitos hospitalares, considerando o quantitativo populacional e fatores epidemiológicos.

Em sede de decisão liminar o juízo determinou, dentre outras medidas: o desbloqueio de 68 leitos em UTI, na rede pública de saúde; a reabertura de 67 leitos de UTI fechados entre 2013 e 2017; e o fornecimento de insumos hospitalares à UTI Neonatal, inclusive dispensando a licitação, se necessário, tudo com a fixação de prazo razoável para o cumprimento, sob pena de multa diária com valores variados e de responsabilização administrativa e penal.

Como se vê, todas essas ações exemplificam um litígio complexo, na medida em que exigem a gestão de múltiplos interesses, muito embora existam apenas duas partes representantes em cada polo da ação. Além disso, determinam, em maior ou menor grau, a adoção de medidas que afetam a estrutura do sistema, estipulando obrigações de fazer necessárias à modificação de um quadro inconstitucional dos serviços públicos de saúde e à cessação de omissões perpetradas pela administração pública.

Por certo, a pertinência e o alcance das medidas judiciais impostas ao poder público para o cumprimento dessas decisões deverão se pautar por critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Isto porque uma sentença estrutural que se pretenda legítima, deve evitar impulsos de heroísmo que, no papel, se prestam a resolver todos os problemas, mas, na prática, não condizem com a realidade e acabam por transferir um encargo extremamente custoso para a administração. Esse sim, seria um mal exemplo de intervenção judicial.

¹⁹⁴ SJDF, 21ª Vara Federal Cível. ACP nº: 1013037-67.2018.4.01.3400. Autores: Defensoria Pública da União, Defensoria Pública do Distrito Federal. Réus: União Federal, Distrito Federal. Juiz Federal Marcelo Velasco Nascimento Albernaz. Decisão liminar proferida em: 15/05/2019. Disponível em: <<https://portal.trf1.jus.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=2C9083386AC437C4016AC5F51C792A94>>. Acesso em 27 nov. 2019.

¹⁹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.631/2015 do Ministério da Saúde**. Aprova critérios e parâmetros para o planejamento e programação de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2015/prt1631_01_10_2015.html> Aceso em: 27 nov. 2019.

Contudo, apesar de já haver a compreensão das técnicas voltadas à litígios complexos pela jurisprudência, ainda não há lei específica dispondo sobre o processo estrutural no direito brasileiro. Por oportuno, cumpre ressaltar que está tramitando perante a Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 8.058/2014¹⁹⁶, tendo por objeto a criação de um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. A despeito de seu conteúdo, é positivo a existência de um projeto específico sobre o tema, pois pode proporcionar uma maior segurança jurídica às ações que versem sobre o controle judicial de políticas públicas.

Contudo, a ausência de lei regulando os procedimentos e técnicas aplicáveis aos conflitos estruturais não vem sendo um óbice aos magistrados quando da adoção de medidas aptas a dar seguimento ou reparar a execução dessas políticas, mormente pelas inovações trazidas pelo CPC/2015, que dão ênfase aos meios de resolução consensual dos conflitos e de colaboração entre os atores processuais como um elemento imprescindível a um exercício jurisdicional eficaz.¹⁹⁷ É o que prevê o art. 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.¹⁹⁸

Não obstante, uma técnica apresentada pelo CPC/2015 e que vem tendo a sua aplicabilidade discutida em matéria de controle judicial de políticas públicas são os chamados “negócios jurídicos processuais”, admitidos na prática forense em razão de uma cláusula geral de negociação processual, contida no art. 190 do CPC/2015, bem como pela disposição do art. 139, inciso IV do CPC/2015, que admite a possibilidade de o juiz, responsável pela direção do processo, “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial (...)”.¹⁹⁹

A propósito, uma das espécies de negócios jurídicos processuais típicos que vem sendo adotados no controle judicial de políticas públicas é a “execução negociada”, “execução complexa” ou “cooperativa”²⁰⁰, que não é necessariamente própria do processo estrutural, mas

¹⁹⁶ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁹⁷ RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismo de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 604.

¹⁹⁸ BRASI. Secretaria-Geral. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Ambos os termos são apresentados por Eduardo José Fonseca da Costa, que faz o uso da palavra “execução” em sentido amplo, como forma de efetivação. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A “execução negociada” de**

que condiz a proposta de flexibilização dos procedimentos. Consiste, assim, em um acordo firmado entre o magistrado e as partes, geralmente em audiência preliminar, ou seja, em uma fase pré-processual, o que evita a judicialização direta do problema sem uma averiguação anterior, e possibilita a execução voluntária de determinada política pública.²⁰¹

Nesta ocasião, “após o réu expor à mesa sua capacidade real e concreta de implantar a política pública, o juiz terá melhores subsídios para propor as partes um acordo sobre o cumprimento voluntário da decisão liminar ou da sentença dentro de um cronograma”.²⁰² Para tanto, é imprescindível a colaboração entre os atores do processo e com o auxílio de pessoal técnico, para uma melhor realização dos objetivos da controle jurisdicional e a efetiva implementação da política pública discutida.

Assim, confere-se ao juiz um maior propriedade técnica para lidar com o feito, além de proporcionar às partes uma maior participação na construção da decisão, pois poderão levar ao juízo os dados que tenham como relevantes para o estabelecimento da meta ou cronograma a ser fixado para o cumprimento do acordo. Além disso, este âmbito negocial pode contar com a participação popular, na medida em que o juízo se abre para o diálogo com a população, “fazendo-se, assim, com que a relação processual assuma uma estrutura polifônica e transponha a bilateralidade autor-réu (...)”.²⁰³

Como exemplo de fixação de cronogramas judiciais na área da saúde, Eduardo José da Fonseca cita em seus estudos o agravo de instrumento nº 70024042095, interposto nos autos de uma ACP ajuizada pelo MP-RS contra o Município de Canoas-RS.²⁰⁴ Na ocasião do julgamento, o juízo da 2ª Câmara Cível do TJ-RS determinou ao referido Município a apresentar, no prazo de 20 dias, “o cronograma de um projeto de implantação do Serviço Residencial Terapêutico para atendimento dos portadores de doença mental em situação de abandono”.²⁰⁵

políticas públicas em juízo. Revista de processo, 2012, p. 18. Disponível: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Execucao-negociada-de-politicas-publicas.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

²⁰¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “**execução negociada**” de **políticas públicas em juízo**. Revista de processo, 2012, p. 17. Disponível: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Execucao-negociada-de-politicas-publicas.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

²⁰² Ibid., loc. cit.

²⁰³ Ibid., p. 19.

²⁰⁴ TJ-RS - Agravo de Instrumento nº 70024042095, Segunda Câmara Cível. Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 13/08/2008.

²⁰⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca, op. cit., p. 18.

Veja-se portanto, que este é mais um caso em que se verifica a adoção de medidas típicas de litígios estruturais no bojo de uma ACP. E este trabalho defende a sua utilização como instrumento de efetivação de políticas públicas por conter diversos pontos positivos demonstrados anteriormente, dentre os quais a reunião, em um único âmbito de cognição judicial, de múltiplos interesses envolvidos na causa (o que implica que a sua resolução se dará no plano da “macro justiça”, ou seja, deverá levar em conta os diversos fatores subjacentes ao problema) além possuir efeitos *erga omnes*, que afeta todos os envolvidos na causa, no limite da competência territorial do juízo que a proferiu.

Além disso, a LACP dispõe de um rol de legitimados próprios para o seu ajuizamento, como o MP, órgão de representação funcional que, apesar das ressalvas citadas anteriormente, continua sendo uma importante instituição de garantia, e que constitui, assim como com a Defensoria Pública, uma das funções essenciais à justiça.

E o MP, na medida em que passe a se valer com mais frequência dos instrumentos processuais aptos a lhe oferecer um auxílio técnico-científico e uma maior abertura institucional para o diálogo, com vistas a assimilação dos arranjos institucionais complexos que envolvem as políticas públicas de saúde e sua respectiva arquitetura jurídico-institucional, possui todo o aparato necessário à consolidação de uma boa *expertise* voltada ao manejo da ACP nesse âmbito.

Além disso, a previsão da legitimidade das associações civis reforça o caráter participativo da ACP, na medida em que se abre às demandas que partem dos interessados diretos à implementação dessas políticas. A propósito, sobre a apropriação da ACP pela sociedade como meio de contestação, controle ou mesmo de busca por novos direitos, Mancuso assevera que:

“Na verdade, o processo de conscientização da coletividade pelo exercício da cidadania é lento e gradual, de sorte que impende dar tempo ao tempo, até que, isoladamente ou em grupo, estejam imbuídos de que podem e mesmo devem participar da gestão da coisa pública também mediante a judicialização dos conflitos metaindividuais, mormente pelo manejo da ação civil pública”.²⁰⁶

²⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. Lei 7.347/1985. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 109.

Dessa afirmação se extrai que a ACP, mesmo sendo regulada por uma lei de 1985, antes mesmo da Constituição cidadã e que já foi objeto de propostas de alteração - mormente pelo antigo desejo de criação de um sistema de processos coletivos no Brasil, com procedimentos próprios - ainda pode vir a ser resignificada pela sociedade civil como um instrumento de participação efetiva na consecução de políticas públicas de saúde. De início, basta que seja proporcionada à sociedade uma maior publicidade dos instrumentos a sua disposição pela ACP, que no imaginário popular ainda é muito atribuída à figura do MP.

E, neste ponto, é extremamente necessária essa abertura democrática dos órgãos de representação funcional legitimados ao seu ajuizamento, associado a um estímulo, por parte de todos os atores do sistema de justiça, dentre os quais a Defensora, o MP, o Judiciário (na figura dos magistrados) a advocacia pública ou privada e até mesmo as agências reguladoras, à participação popular no âmbito do controle judicial pela ACP, no que diga respeito às políticas públicas de saúde.

5 CONCLUSÃO

A saúde no Brasil é um direito social fundamental. Encontra seu fundamento de validade nos valores constitucionais do Estado Democrático de Direito, com um elemento sintetizador das diferentes dimensões dos direitos fundamentais, cuja centralidade está na dignidade da pessoa humana, na indisponibilidade do direito à vida e na eficácia dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, constitui tanto um direito subjetivo do cidadão, na medida em que cada indivíduo pode buscá-lo e protegê-lo, de acordo com suas necessidades, como um direito coletivo em sentido amplo. Dada a sua relevância pública, demanda do Estado uma proteção especial com vistas a dar materialidade aos princípios constitucionais.

Não obstante, foi fruto de uma intensa mobilização social, tendo como ponto de virada o movimento nacional pela reforma sanitária, que representou o elemento unificador das reivindicações por um acesso universal à saúde. Teve como principal bandeira a universalidade do acesso à saúde e a integralidade dos serviços públicos prestados pelo Estado.

E sua previsão constitucional como “um direito de todos e dever do Estado”, representou uma mudança de paradigma, pois atribui ao poder público a responsabilidade de implementar políticas públicas para a sua concretização. Concede, ainda, ao indivíduo e à toda coletividade a prerrogativa de exigir do poder público o seu efetivo cumprimento.

Ademais, a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Constituição de 1988 representou uma verdadeira garantia institucional, e a sua regulação pela Lei nº 8.080/90 possibilitou a organização e operacionalização de uma ampla rede de ações de saúde, de forma integralizada, regionalizada e hierarquizada, com abrangência em todo território nacional.

Foi, por sua vez, seguida da Lei nº 8.142/95, outro grande marco jurídico do SUS, pois dispõe sobre alguns instrumentos de participação social na gestão do SUS, tanto no que se refere ao planejamento das políticas de saúde, como na fiscalização de seus aspectos financeiros, ampliando o escopo democrático do SUS.

Assim, o que se pretendeu demonstrar com a breve exposição sobre o regime jurídico-institucional do SUS foi a existência de múltiplos instrumentos normativos que, mesmo que por vezes, sejam sobrepostos entre si, representam a dinamicidade do sistema de saúde, e a diversidade de matérias que abordadas, como: aspectos de política sanitária que exigem a implementação de políticas sociais, econômicas; questões de direito tributário e financeiro, no que se refere ao custeio das ações e serviços prestados pelo SUS e a repartição de competências entre os entes federativos, entre outros. Enfim, demonstra-se, com isso, que saúde é um grande exemplo do caráter multidisciplinar das políticas públicas.

O que impõe a conclusão de que, se a gestão do SUS prevê diversos meios de participação popular e de construção colaborativa das decisões concernentes ao regime jurídico-institucional e à formulação, execução e fiscalização de suas políticas, o seu controle deverá ser igualmente correspondente, sob pena de adentrar em terreno impróprio, ou seja, exerceu um controle antidemocrático e que nada vem a acrescentar à solução de determinado problema, apenas bagunçando o quadro das políticas públicas já existentes e causando uma maior judicialização.

E este controle participativo condiz com o caráter democrático das políticas públicas de saúde, na medida em que o SUS, como política de Estado Social, prevê um modelo de gestão compartilhada entre os Estados, seus respectivos gestores e órgãos auxiliares, em todos os níveis da Federação, na forma do que dispõe a LOS. Não obstante dispõe de instâncias de representação federal dos Estados e Municípios e de conferências populares.

Por outro lado, é fato que a judicialização da saúde já fazem parte da rotina dos Tribunais, da administração pública e da consciência política da sociedade civil, que tem cada vez mais se concebido o Judiciário como uma nova arena de disputa democrática e um espaço sensível às causas sociais. Muito em razão do desenho das instituições da democracia brasileira, que possibilitam um protagonismo judicial e à sua intervenção judicial em matérias de políticas públicas, tendo em vista à garantia dos comandos constitucionais e dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, é preciso que se exerça uma abordagem coletiva sobre as ações que disponham sobre essas políticas públicas, ou seja, que atuem sobre o plano da macro justiça e do planejamento a longo prazo, olhando para o sistema como um todo, e atendendo às exigências concernentes às responsabilidades entre os entes e a alocação dos recursos do SUS.

Essa afirmativa tem por fundamento o fato de que as decisões judiciais que privilegiam a micro justiça, ou seja, o demandante individualizado que pleiteia um determinado medicamento ou tratamento médico, acabam por estimular uma injustiça sistêmica, na medida em que privam inúmeros usuários do sistema de saúde que dependem da prestação regular dos bens e serviços públicos. Assim, o controle judicial deve assumir uma visão abrangente, pautado por ideias de justiça social.

Desse modo, entende-se que a ação civil pública seria um instrumento processual apto à apontar as disfunções do sistema e, ao mesmo tempo, servir de estímulo às ações de aperfeiçoamento da política já existente pelo próprio poder público. Tem, ainda, a vantagem de contar com legitimados específicos para a sua propositura, concentrando os interesses envolvidos em um mesmo âmbito judicial, possibilitando uma atuação estratégica, por meio de atores processuais com a *expertise* necessária para a persecução do interesse público.

Além disso, tem por objeto um amplo rol de matérias, incluindo os interesses transindividuais. Isto lhe permite lidar com os múltiplos interesses confluentes na ação, possibilitando a resolução do problema sob um aspecto coletivo. Nesse sentido, conclui-se que um bom manejo da ACP, seja por parte do MP, da Defensoria Pública, de associações ou demais legitimados, seria aquele que opta pela valorização de procedimentos que permitam a implementação da política pública por meio do diálogo institucional.

Assim, proporciona-se um controle judicial mais efetivo, pois leva em conta a complexidade do sistema e estimula a articulação entre as esferas de gestão do SUS, com a colaboração entre diversos atores envolvidos na formulação, implementação, execução e fiscalização. Possibilita, um combate estratégico à judicialização da saúde excessiva, tendo por escopo a garantia de um acesso universal e mais igualitário aos serviços públicos de saúde.

Com isso, observou-se que a tradicional concepção do processo como instrumento de resolução da lide, cuja sentença se propõe a sagrar vencedores ou perdedores, não mais corresponde ao avanço das técnicas e procedimentos que buscam comportar mecanismos de resolução colaborativa dos conflitos. Assim, propagam-se medidas que sejam aptas à solucionar os chamados litígios complexos, considerados aqueles que envolvem diversos polos de interesses sobre uma mesma causa.

Diante disso, ao invés de continuarmos voltando os esforços às discussões referentes aos limites e possibilidades do controle judicial de políticas públicas expostos neste trabalho, e que há muito são debatidos pela doutrina e jurisprudência, deveríamos rediscutir novas modalidades de vinculação entre o Judiciário e os demais poderes, além de repensar alguns conceitos do processo tradicional, propondo um debate mais profundo, sobre como melhor adequar os instrumentos processuais à disposição, de modo a possibilitar uma prestação jurisdicional que extraia a máxima efetividade dos dispositivos constitucionais.

Neste ponto, observou-se que o conhecimento dos litígios estruturais pela jurisprudência brasileira, a despeito da discussão travada sobre seus aspectos positivos ou negativos e a legitimidade de algumas medidas de controle adotadas pelos magistrados, vem estimulando a adoção de técnicas processuais de flexibilização dos procedimentos com vistas à uma intervenção judicial mais eficiente, coibindo as omissões do poder público nos limites da permissão constitucional.

Tudo isso, em certa medida, coincide com o que se tem defendido neste trabalho. A saber: o diálogo institucional; a execução colaborativa da política pública entre os diversos interessados na causa; a abertura do Judiciário e dos órgãos de representação funcional para a participação da população na construção da solução adequada ao problema público; intervenções que respeitem os arranjos jurídico-institucionais complexos das políticas públicas de saúde.

Sob esta lógica, será possível sedimentar a ação civil pública como um efetivo instrumento de implementação de políticas públicas no âmbito da saúde, reforçando-a como verdadeira garantia processual constitucional capaz de dar concretude aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. A natureza da ação civil pública como garantia constitucional fundamental: algumas diretrizes interpretativas. In: MILARÉ, Edis (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 241-272.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão**. 2016. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/35045>>. Acesso em 22 nov. 2019.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 799-824.

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10313>>. Acesso em: 24 nov. 2019.

_____. O direito à saúde no Brasil. In: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni et al. (org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 2-26.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há Direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 79-100.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, 101-132.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. (Syn)thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2019.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** p. 2. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Secretaria-Geral. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 27 nov. 2019.

_____. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF. D.O.U de 5.10.1988. Planalto, online. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 25 de out. 2019.

_____. **Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.** Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.html>. Acesso em 25 out. 2019.

_____. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 18 nov. 2019.

_____. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm>. Acesso em: 16 nov. 2019.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 17 nov. 2019.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em 25 de out. 2019.

_____. Ministério da Saúde. **Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.html>. Acesso em 25 out. 2019.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1986. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf>. Acesso em 25 out. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução Nº 107, de 06/04/2010**. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. DJE/CNJ nº 61/2010, de 07/04/2010, p. 9-10. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=173>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 1.631/2015 do Ministério da Saúde**. Aprova critérios e parâmetros para o planejamento e programação de ações e serviços de saúde no âmbito do SUS. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2015/prt1631_01_10_2015.html>. Acesso em: 27 nov. 2019.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria no 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Dispõe sobre a aprovação da Política Nacional de Medicamentos. Brasília, DF. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html>. Acesso em 25 out. 2019.

BRITO, Patrícia Ribeiro. Judicialização da saúde e desarticulação governamental: uma análise a partir da audiência pública de saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2017, p. 203-239.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde: uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2017, p. 31-88.

_____. **Controle Judicial de políticas públicas: possibilidades e limites**. Fórum Administrativo–Direito Público–FA, Belo Horizonte, v. 9, 2009, p. 7-16. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/45236948_Controle_judicial_de_politicas_publicas_possibilidades_e_limites>. Acesso em 5 nov. 2019.

_____. **Portaria de Consolidação nº 2, de 28 de setembro de 2017.** Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. Brasília, DF. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/MatrizesConsolidacao/Matriz-2-Politic.html>>. Acesso em 25 out. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** 2. reimp. Coimbra: Almedina, 1992.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro. **O ministério público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conflito.** 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

CITTADINO, Giselle. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.) **A democracia e os três poderes no Brasil.** 1 reimp. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 17-61.

CONSELHO, Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução.** Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Vanessa_Oliveira12/publication/333659130_Judicializacao_da_Saude_no_Brasil_perfil_das_demandas_causas_e_propostas_de_solucao/links/5cfacc8692851c874c568327/Judicializacao-da-Saude-no-Brasil-perfil-das-demandas-causas-e-propostas-de-solucao.pdf>. Acesso em 07 nov. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A “execução negociada” de políticas públicas em juízo.** In: Revista de processo. 2012, p. 19. Disponível: <<http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Execucao-negociada-de-politicas-publicas.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

COUTINHO, Diogo R. **O direito nas políticas públicas.** 2013. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Diogo_Coutinho2/publication/268352186_O_direito_nas_politicas_publicas_Agradecimentos/links/5630eec508ae0530378cf8f7.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

DALLARI, Sueli Gandolfi et al. **Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo.** Revista de Saúde Pública. v. 30. 1996, p. 592-601. Disponível em: <https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89101996000600014&script=sci_abstract>. Acesso em: 17 nov. 2019.

DANIEL, Juliana Maia. Discrecionalidade administrativa em matéria de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas.** 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 94-124.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 12. ed. vol. 4. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

_____, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Notas sobre as decisões estruturantes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 341.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

_____. **Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ESCOREL, Sarah. História das políticas de saúde no Brasil de 1964 a 1990: do golpe militar à reforma sanitária. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 482-545.

ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação social. In: GIOVANELLA, Lígia et al (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 1321-1371.

ESCOREL, Sarah; TEIXEIRA, Luiz Antônio. Sistema de saúde brasileiro: história e configuração atual. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 412-481.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à saúde: Leis 8.080/1990 e 8.142/1990, arts. 6º e 196 a 200 da Constituição Federal**. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a *structural injunction*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 773-824.

FLEURY, Sonia; OUYERNEY, Assis. Política de saúde: uma política social. In: GIOVANELLA, Lígia et al. (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 23-64.

GOTTI, Alessandra. Judicialização da saúde e insuficiência dos mecanismos tradicionais de resolução de conflitos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (coord.). **Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva Jur., 2017, p. 174-202.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. **A tutela individual e coletiva do direito à saúde pelo Ministério Público**. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. v. 8, 2016, p. 129-148. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/209>. Acesso em: 19 nov. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 125-150.

PAIM, Jairnilsom Silva. **Reforma sanitária brasileira: contribuição para a compreensão e crítica**. 1 ed. Salvador: EDUFBA-Editora FIOCRUZ, 2008.

PEPE, Vera Lucia Edais; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. Assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde. In: ALVES, Sandra Mara Campos et al. (coord.). **Direito sanitário em perspectiva**. Brasília, DF: ESMPU-Editora FIOCRUZ, v. 2, 2013, p. 147-164.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; GIOVANELLA, Lígia. Sistemas de saúde: origens componentes e dinâmica. In: GIOVANELLA, Lígia et al (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 136-184.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores**. Lei 7.347/1985. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva. 2007.

NORONHA, José Carvalho de; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira. O Sistema Único de Saúde – SUS. In: GIOVANELLA, Lígia et al (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 546-597.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

RODRIGUES, Marco Antônio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismo de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 601-636.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: Um olhar a partir da ciência política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 1-32.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri et al. (org.). **Temas aprofundados: Defensoria Pública**. Salvador: Juspodivm, 2. ed. vol. 1, 2014, p. 111-146.

_____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 13-50.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: Filosofia e teoria constitucional contemporânea. 2009, p. 1-38. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/fd58/230b669c4f9e0792bb940c54183969eac761.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

STRECK, Lenio; MORAIS, José Luis Bolzan de. Comentário ao artigo 1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 230-238.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 63-78.

VIANA, Ana Luiza d'Ávila; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Análise de políticas de saúde. In: GIOVANELLA, Lúgia et al (org.). **Políticas e sistema de saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: SciELO Books-Editora FIOCRUZ, 2012, p. 87-135.

VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann, SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo social, v. 19, n. 2, 2007, p. 39-85. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0103-20702007000200002&script=sci_arttext>. Acesso em: 07 nov. 2019.

VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os três poderes no Brasil**. 1. reimp. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: Editora UFMG/IUPERJ/FAPERJ, 2003, p. 338-491.

VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org.). **Processos estruturais**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Juspodivm, 2019, p. 269-323.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. A ação civil pública: aspectos evolutivos e tendências. Protagonismo, integração e gestão participativa dos conflitos. Legitimidade e efetividade do processo decisório. In: MILARÉ, Edis (coord.). **A ação civil pública após 25 anos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 161-181.

ZANETI JR, Hermes. A teoria da separação dos poderes e o Estado Democrático Constitucional: funções de governo e funções de garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.) **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.